



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)**  
**DOUTORADO EM DIREITO**

**FILIPPE AUGUSTO DOS SANTOS NASCIMENTO**

**ENTRE A MICRO E A MACROJUSTIÇA:  
CONTRIBUTOS PARA A OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

**FORTALEZA**

**2018**

FILIPPE AUGUSTO DOS SANTOS NASCIMENTO

ENTRE A MICRO E A MACROJUSTIÇA:  
CONTRIBUTOS PARA A OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca da Faculdade de Direito

---

V875n NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos.

ENTRE A MICRO E A MACROJUSTIÇA: contributos para a objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais/Filippe Augusto dos Santos Nascimento - 2018.

Tese (Doutorado). – Universidade Federal do Ceará. Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD).

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientação: Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo.

1. Objetivação de processos. 2. Direitos fundamentais. 3. Controle das decisões judiciais. 4. Metodologia hermenêutica. I. Título.

CDD 372.21

---

FILIPPE AUGUSTO DOS SANTOS NASCIMENTO

ENTRE A MICRO E A MACROJUSTIÇA:  
CONTRIBUTOS PARA A OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em 30/07/2018.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo (orientador)  
Universidade Federal do Ceará

---

Professor Doutor Juvêncio Vasconcelos Viana  
Universidade Federal do Ceará

---

Professor Doutor Juraci Mourão Lopes Filho  
Centro Universitário Christus

---

Professor Doutor André Studart  
Centro Universitário Christus

---

Professor Doutor George Marmelstein  
Centro Universitário 7 de Setembro

*Dedico esta pesquisa à Clarinha..*

## AGRADECIMENTOS

Como sempre e sempre, em primeiro lugar, agradeço ao meu amigo Deus. A Ele tudo devo. É meu parceiro de todas as horas.

Agradeço ao meu pai, Nonato, à minha mãe, Eliene, e à minha irmã, Talita, por estarem ao meu lado e, com palavras carinhosas, mesmo quando as cobranças são necessárias, sempre me estimularem a perseguir e concretizar esses sonhos que são de toda a nossa família. Agradeço também à Manu, minha bela e forte companheira, por ser colo, abraço e amor nos mais diversos momentos e por comigo formar uma nova e linda família. Agradeço também a todos os meus demais familiares pelo apoio incessante.

Agradeço profundamente ao Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo, orientador desta pesquisa, pelas considerações, apoio e compreensão. O profundo conhecimento e brilhantismo do Professor Hugo foi fundamental para me apresentar perspectivas do trabalho que eu sequer cogitava.

Igualmente, agradeço ao Professor Doutor Felipe Braga Albuquerque pelas considerações na banca de qualificação da pesquisa. Também agradeço aos Professores Doutores Juvêncio Vasconcelos Viana, Juraci Mourão Lopes Filho, André Studart e George Marmelstein, por terem composto a banca final de avaliação da tese. Todos, por diferentes e complementares motivos, são admiráveis e é uma honra inenarrável tê-los avaliando esta humilde pesquisa.

Agradeço aos meus colegas da pós-graduação pelas conversas acadêmicas motivadoras, pelos ricos embates intelectuais e pelas gargalhadas nada acadêmicas. Nesse contexto, saúdo a todos que compõem o seletivo grupo dos *Sem Matrícula* na pessoa do nosso querido Tonny Ítalo (*ad memoriam*).

Registro ainda meus agradecimentos ao Marcelo Sampaio Pimentel Rocha, ao Francisco Rubens de Lima Junior e ao Eduardo Sampaio Pimentel Rocha, em nome dos quais agradeço a toda a família de amigos que são *Os Truta*, parceiros desde os bancos da graduação, que garantem, com as conversas diárias, refúgio contra a rudeza do mundo.

Agradeço ainda à Defensoria Pública da União por estimular esta pesquisa e por colaborar direta ou indiretamente com as reflexões que originaram este trabalho.

*As razões últimas são sempre as razões penúltimas.*  
*Niklas Luhmann*

## RESUMO

A presente pesquisa almeja apresentar os conceitos de Micro e Macrojustiça, estabelecendo seus critérios de distinção, partindo do pressuposto hipotético de que os diferentes graus de repercussão política, econômica ou social, nos citados níveis de abordagem do Direito repercutem na própria relação entre o jurídico e o não-jurídico do processo decisório. Ademais, a pesquisa sustenta uma interconexão entre Macrojustiça e direitos fundamentais, já que esta visão do Direito em larga escala acaba se aproximando ou mesmo se sobrepondo aos temas correlatos àquela espécie de direitos. A proximidade entre direitos fundamentais e Macrojustiça potencializa os riscos sociais das decisões neste contexto. Isso torna-se ainda mais grave dado o déficit de controle normativo e intersubjetivo das decisões judiciais no Brasil dos dias atuais. Diante disso, será desenvolvida a hipótese de que a objetivação dos processos de tutela de direitos fundamentais pode ser uma excelente ferramenta de controle das decisões judiciais no cenário de Macrojustiça.

**Palavras-chave:** Objetivação de processos. Direitos fundamentais. Controle das decisões judiciais.



## **ABSTRACT**

The present research aims to present the concepts of Micro and Macrojustice, establishing its criteria of distinction, starting from the hypothetical assumption that the different degrees of political, economic or social repercussion in the mentioned levels of approach of the Law have repercussions in the very relation between the juridical and the non- juridical process of decision-making. In addition, the research supports an interconnection between Macrojustice and fundamental rights, since this vision of Law, on a large scale, ends up approaching or even overlapping the themes related to that kind of rights. The proximity between fundamental rights and Macrojustice enhances the social risks of decisions in this context. This becomes even more serious given the lack of normative and intersubjective control of judicial decisions in Brazil today. In front of this, the hypothesis is that the objectification of the processes of protection of fundamental rights can be an excellent tool to control judicial decisions in the Macrojustice scenario will be developed.

**Keywords:** Objectification of the process. Fundamental rights. Control of judicial decisions.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

Ação Civil Pública (ACP)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)

Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)

Confederação Nacional do Transporte (CNT)

Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Constituição Federal de 1988 (CF/88)

Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)

*Habeas Corpus* (HC)

Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

Incidente de Assunção de Competência (IAC)

Incidente de Coletivização de Demandas (ICD).

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

Mandado de Injunção (MI)

Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Supremo Tribunal Federal (STF)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2 MICRO E MACROJUSTIÇA: DUAS VISÕES DO DIREITO NO CONTEXTO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE ALTO DÉFICT DE CONTROLABILIDADE NORMATIVA.....</b>	<b>20</b>
2.1 Entre duas escalas de problemas.....	20
2.2 Duas Justiças paralelas, simultâneas e sobrepostas.....	25
2.3 Relações extrajurídicas e as duas Justiças no Brasil.....	30
2.4 A maximização dos problemas hermenêuticos na Macrojustiça dos direitos fundamentais: a abertura estrutural e a carência de parâmetros de controle de decisões judiciais de direitos fundamentais.....	32
2.4.1 <i>O conceito semântico de norma de direitos fundamentais.....</i>	<i>32</i>
2.4.2 <i>A dicotomia entre regras e princípios.....</i>	<i>34</i>
2.4.3 <i>As críticas à teoria principiológica.....</i>	<i>37</i>
2.4.4 <i>Os direitos fundamentais e os problemas hermenêuticos na Macrojustiça.....</i>	<i>42</i>
<b>3 A OBJETIVAÇÃO PROCEDIMENTAL A SERVIÇO DA METODOLOGIA DE TRABALHO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>44</b>
3.1 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais: fundamentos teórico-normativos.....	44
3.1.1 <i>A dupla dimensão dos direitos fundamentais.....</i>	<i>44</i>
3.1.2 <i>A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....</i>	<i>48</i>
3.1.3 <i>As eficácias da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....</i>	<i>51</i>
3.1.3.1 <i>A Eficácia Vinculante.....</i>	<i>51</i>
3.1.3.2 <i>A Eficácia Irradiante.....</i>	<i>56</i>
3.1.3.3 <i>A Eficácia Processual.....</i>	<i>58</i>
3.1.4 <i>Eficácia processual participativa, a Macrojustiça e a decisão judicial.....</i>	<i>60</i>
3.2 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e a diminuição da margem de arbítrio da interpretação por meio de uma razão procedimental.....	65
3.3 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e a complementação aos métodos de trabalho da Nova Hermenêutica Constitucional.....	69
<b>4 AS FORMAS DE OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS JÁ EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA RELEVÂNCIA PARA A MACROJUSTIÇA.....</b>	<b>77</b>
4.1 As formas de tutela objetiva de direitos fundamentais já existentes no Brasil.....	77
4.1.1 <i>Repercussão Geral.....</i>	<i>78</i>
4.1.2 <i>Súmula Vinculante.....</i>	<i>83</i>
4.1.3 <i>Amicus Curiae e Audiências Públicas.....</i>	<i>85</i>
4.1.4 <i>Improcedência Liminar do Pedido.....</i>	<i>91</i>
4.1.5 <i>Sistema de Precedentes Vinculantes.....</i>	<i>94</i>
4.1.5.1 <i>A força vinculante dos precedentes.....</i>	<i>97</i>
4.1.5.2 <i>O sistema de precedentes.....</i>	<i>99</i>
4.1.6 <i>Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....</i>	<i>101</i>
4.1.7 <i>Incidente de Assunção de Competência.....</i>	<i>107</i>
4.1.8 <i>Mandado de Injunção.....</i>	<i>108</i>
4.1.9 <i>Habeas Corpus.....</i>	<i>114</i>

<b>4.2 A importância dos mecanismos de tutela objetiva de direitos fundamentais no ambiente da Macrojustiça.....</b>	<b>119</b>
<b>5 UMA PROPOSTA DE EXPANSÃO DAS TÉCNICAS DE OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>121</b>
<b>5.1 Instrumentos processuais de objetivação a serem criados ou aperfeiçoados.....</b>	<b>121</b>
<b>5.1.1 Incidente de Coletivização de Demandas.....</b>	<b>122</b>
<b>5.1.2 Suspensão de Segurança.....</b>	<b>125</b>
<b>5.1.3 Fundamentação das Decisões Judiciais.....</b>	<b>133</b>
<b>5.2 O aprimoramento procedimental e o controle intersubjetivo e democrático das decisões judiciais.....</b>	<b>137</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>144</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>148</b>

## **1 INTRODUÇÃO: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA ENTRE A SOBERBA E O SOLIPSISMO**

“Enfim lembrei-me da resposta de uma grande princesa a quem se dizia que os camponeses não tinham pão, e que respondeu: "Que comam brioche"!”. Esse trecho foi escrito por Jean Jacques Rousseau no livro *Confissões* de 1781. Tal frase, popularmente, foi atribuída à Rainha Maria Antonieta, esposa de Luís XVI, que foi responsável pelo crescimento da fúria popular contra a família real e acabou por ser decapitada em 1793 durante o processo revolucionário francês.

Tudo indica, todavia, que Antonieta nunca proferiu essas palavras, visto que, no período em que *Confissões* foi escrito, a futura Rainha da França ainda era uma princesa da casa dos Habsburgo-Lorena, vivendo na Áustria. O livro, uma autobiografia rica em detalhes íntimos, só foi publicado depois da morte de seu autor em 1778, mas os registros relatam que começou a ser escrito em 1764, tendo a sua primeira parte, em que consta a referida citação, sido concluída antes de 1769. Nesse período, Maria Antonieta sequer era casada com o monarca francês, o que apenas ocorreria um ano depois.

Historiadores mais recentes creem que a frase, na realidade, fora proferida pela princesa Maria Teresa da Áustria (1638-1683), que, não obstante o nome, era espanhola e foi casada com o Luís XIV, monarca francês, o célebre Rei-Sol. Assim sendo, os elementos históricos indicam que as palavras citadas por Rousseau foram atribuídas à Maria Antonieta em razão da grande má reputação de que gozava a família real à época e da publicação da obra em período próximo ao revolucionário.

Tenham tais palavras sido proferidas por qualquer das duas princesas, elas entraram para a história como símbolo de soberba, desprezo e indiferença da monarquia em relação à fome e ao sofrimento do povo. Sob outra perspectiva, todavia, pode-se imaginar que esta frase tenha sido proferida por uma princesa movida não tanto pela arrogância, mas por uma percepção da realidade totalmente individual, embebida demais em si mesma para compreender os problemas alheios. Não é difícil imaginar monarcas isolados em uma realidade palaciana apartada do restante da grande maioria da população. Pode-se também conceber a princesa, na ausência momentânea de pão, recorrendo a um brioche para saciar a fome.

Desse modo, nada impede que se possa imaginar a princesa, em sendo comunicada da falta de pão que acometia o povo, crer que os famintos – tal como ela – poderiam se valer de outro manjar (infelizmente, não tão cômoda era ou é a vida da grande

maioria da população). Com efeito, a famosa frase “se não há pão, que comam brioche!” é, como se pode observar, um claro exemplo de manifestação dicotômica entre soberba e solipsismo.

É a partir do pitoresco caso *Qu'ils mangent de la brioche* que se parte para a análise do problema fundamental desta pesquisa, pois, tenha ou não sido proclamada a controversa frase, seja qual for a nobre que tenha (ou não) proferido essas palavras, tal relato serve como metáfora da realidade da Hermenêutica Constitucional brasileira atual. A leitura da realidade pela princesa da passagem narrada lembra em muito a postura da atual interpretação constitucional brasileira, seja em suas formulações teóricas nas páginas dos livros, seja na praxe forense – neste caso, desde as petições iniciais, passando pelas decisões dos juízes de primeiro grau e chegando aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal –, em que pode ser notada uma frequente postura dividida entre a soberba e o solipsismo.

É evidente que aqui não se está homogeneizando o discurso jurídico nacional, que, de fato, é plural, mas a discussão teórica geral (as famosas “correntes majoritárias”), bem como a praxe forense, marcada pelos informativos semanais de jurisprudência lançados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e devorados acriticamente pelos estudantes de concursos públicos, que, mais adiante, enquanto profissionais, repetem esses entendimentos, revelam um padrão geral de conduta jurídica. É contra essa “média jurídica”, mormente, quando ela advém das mais altas cortes e em matérias de repercussão coletiva que esta pesquisa se levanta, reconhecendo, por óbvio, exceções.

Nos dias atuais, em que a Constituição foi reconhecida como norma de cúpula do sistema jurídico, com alta força normativa, superlegalidade formal e material, bem como sendo socialmente reconhecida como espaço de tensões políticas, valorativas e sociais, há ainda um estranhamento em relação a como trabalhar com tamanho vigor normativo, ideológico e político, sendo refutados e considerados insuficientes os cânones clássicos da interpretação jurídica, visto serem taxados de insuficientes à pujança normativa constitucional, bem como retrógrados dada sua origem em um período de predomínio da cultura jurídica privatista.

Nesse cenário, vêm surgindo novos métodos de interpretação da Constituição, sendo eles chamados de métodos de interpretação *especificamente* constitucionais. Ocorre, entretanto, que, dada a novidade desses métodos, ainda há largo espaço de fluidez e indefinição sobre como trabalhar com tais vertentes hermenêuticas, além de haver certo reconhecimento de que esses próprios métodos são dotados de certa vagueza e indefinição.

Essa vulnerabilidade metodológica tem se revelado a porta de entrada para a soberba e o solipsismo que aqui é reputado à interpretação constitucional brasileira atual.

A soberba interpretativa citada é aferível, por exemplo, na deturpação de sentido da norma constitucional, quando são criados – geralmente, de modo totalmente artificial – sentidos interpretativos contrários aos limites semânticos estabelecidos pelo próprio texto da Constituição. E aqui já não há espaço para se confundir a defesa do texto da Constituição como um dos parâmetros das possibilidades de criação e concretização hermenêutica com o formalismo da exegese! Assim, entenda-se aqui defesa dos limites do texto normativo no processo hermenêutico como sinônimo de crença nos fundamentos da república e da democracia consagrados na Constituição pela Assembleia Nacional Constituinte, bem como nas possibilidades de um diálogo procedimental e intersubjetivo capaz de manter vivos os sentidos possíveis dentro de tais textos.

Desse modo, quando o STF, por exemplo, afirma, como fez *obter dictum* no *Habeas Corpus* (HC) nº. 82.959/SP, que as decisões de seu plenário proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e que o papel do Senado, atualmente, seria o apenas de dar publicidade ao que foi decidido<sup>1</sup>, alegando-se mutação constitucional, em contradição ao próprio texto do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nota-se manifesta soberba interpretativa travestida de discurso jurídico racional, sendo a mutação constitucional mero artifício para fazer valer a vontade do julgador. A lógica é simples: se a Constituição não é boa o suficiente (aos olhos daquele julgador), decide-se apesar da Constituição. Afinal, “se não há pães, que comam brioche!”.

Nesse contexto, é impossível não citar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº. 132 de 2011, da relatoria do Ministro Carlos Ayres de Britto, recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que versa sobre a constitucionalidade das uniões homoafetivas, em que o STF realizou uma interpretação “conforme a Constituição” do art. 1.723 do Código Civil com base no *caput* do art. 226, que confere à família especial proteção do Estado, bem como nas normas constitucionais que vedam a discriminação, mas ignorando completamente os dispositivos constitucionais (parágrafos do mesmo art. 226 da CF/88), que, expressamente, afirmam que a união estável e a sociedade conjugal são entre homem e mulher. Frise-se aqui e desde já – para que fique claro – que este autor entende que a Constituição, obviamente, neste particular, foi preconceituosa, segregadora e excludente, merecendo, de fato, ser alterada para reconhecer as

---

<sup>1</sup> Recentemente, na Rcl. 4335/AC, o Plenário do STF rechaçou o entendimento citado *obter dictum* no HC 82.959/SP.

uniões homoafetivas como espécies familiares, sendo mais do que legítima a luta do movimento gay e LGBTTI por esta causa. Não se pode, todavia, compreender como seria legítimo ao STF usurpar tão claramente o papel do Legislador (por mais retrógrado que este seja!), em total descaso ao processo legislativo constitucional, fazendo aparentar que o Supremo acredita ser ele mesmo melhor conhecedor dos caminhos para a sociedade, mormente, por ser a participação social no caso, totalmente insípida. É nítida e preocupante a soberba do STF no caso, que – por mais acorde que se possa ser com suas consequências práticas – se torna precedente gravíssimo para o futuro constitucional, podendo o STF, em qualquer caso, ignorar o texto expresso da Constituição, passando aquelas 11 (onze) pessoas com capas de cetim a determinar os rumos dos 207,8 (duzentos e sete vírgula oito) milhões de brasileiros.

De forma ainda mais sorrateira, ocorre o solipsismo interpretativo, que consiste na concepção do intérprete como o “Senhor” dos sentidos de uma norma, como se ele fosse capaz de alcançar uma “verdade” contida no texto normativo, mas que, de fato, apenas acoberta uma ductilidade hermenêutica, fazendo com que o intérprete modele os sentidos normativos, não para construir algo que seja compatível com a realidade que subjaz a norma, mas para amoldá-la aos seus interesses pessoais ou aos do grupo político que integra, ou ainda a suas ideologias, valores, medos, recalques etc., mesmo que isso sacrifique os limites da interpretação normativa.

Pode-se aqui citar o caso relativamente recente e bastante rumoroso de uma Ação Civil Pública (ACP), movida pelo Ministério Público Federal, em 2014, para a retirada de vídeos ofensivos a religiões de matriz africana postados no *Youtube*, cuja liminar foi indeferida pelo Juiz Federal 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro sob a justificativa de que “manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religião”, faltando “traços necessários de uma religião”, faltando um “texto base”, tal qual a Bíblia ou o Alcorão entre outros juízos de valor e convicções, nitidamente, decorrentes da visão peculiar de mundo do julgador<sup>2</sup>.

Outra situação que revela esse solipsismo é a das incoerências evidentes em julgamentos de casos análogos. O STF, por exemplo, julgou, na ADI nº. 1600<sup>3</sup>, que é

---

<sup>2</sup> Dados do Agravo de Instrumento no TRF2: Agravo de Instrumento. Turma Espec. - III - Administrativo e Cível: 0101043-94.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101043-0) AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL. AGRAVADO: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. RELATOR: REIS FRIEDE. 7ª Turma Especializada.

<sup>3</sup> “Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ICMS E SUA INSTITUIÇÃO. Arts. 150, II; 155, § 2º, VII, 'a', e inciso VIII, cf. conceitos de passageiro e de destinatário do serviço. Fato Gerador. Ocorrência. Alíquotas para operações interestaduais e para as operações internas.



inconstitucional exigir imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) no transporte de passageiros, tendo limitado os efeitos da decisão ao transporte aéreo sob a alegação de limitação ao pedido elaborado na inicial (argumento que sequer é aplicável aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, que são objetivos, logo, não se vinculam aos termos do pedido inicial).

Não obstante isso, na sequência, a Confederação Nacional do Transporte (CNT), confederação ligada ao transporte terrestre, ajuizou a ADI nº. 2669<sup>4</sup>, com mesma linha de fundamentação da anterior ação referente ao transporte aéreo, somando-se ainda os argumentos da igualdade e da capacidade contributiva. A segunda ADI, todavia, foi julgada improcedente, sem menção ao análogo caso do transporte aéreo e sob o lacônico e digno de espanto “fundamento” de que se mostra “harmônica com a Constituição Federal a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre”.

Nas duas situações, a da ACP das religiões de matriz africana e a das ADI's sobre ICMS nos serviços de transporte, o que se nota é uma clara dobra dos sentidos normativo-jurídicos ou mesmo factuais – de modo até mesmo grosseiro – subvertendo a compreensão do Direito à vontade não revelada do interprete-aplicador em clara manifestação de um solipsismo, cuja consequência está na vulneração de direitos fundamentais. No segundo caso, o escracho grita, posto que, por mais amplo que seja o poder criador do intérprete, se o texto normativo e ordenamento jurídico são os mesmos, não se pode compreender como a mesma Corte tome decisões em sentidos diametralmente opostos. É nesse contexto que vai sendo tecida uma *Hermenêutica Jurídica Criativa* no Brasil, que, de tributos *sui generis*, passando por ponderações e proporcionalidades, citações de obras estrangeiras descontextualizadas, argumentos de autoridade, autoritarismo e falácias, vai gerando julgados dignos de estranhamento, perplexidade e inquietude.

A interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais no Brasil apresentam grandes desafios, mormente, no que tange à carência de métodos e procedimentos de trabalho

---

Inaplicabilidade da fórmula constitucional de partição da receita do ICMS entre os estados. Omissão quanto a elementos necessários à instituição do ICMS sobre navegação aérea. (...). Não incidência sobre a prestação de serviços de transporte aéreo, de passageiros - intermunicipal, interestadual e internacional. Inconstitucionalidade da exigência do ICMS na prestação de serviços de transporte aéreo internacional de cargas pelas empresas aéreas nacionais, enquanto persistirem os convênios de isenção de empresas estrangeiras. Ação julgada parcialmente procedente”. (ADI 1600, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2001, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-09 PP-01751).

<sup>4</sup> “ICMS – TRANSPORTE TERRESTRE – LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – CONSTITUCIONALIDADE. Mostra-se harmônica com a Constituição Federal a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre”. (ADI 2669, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014 EMENT VOL-02739-01 PP-00001).

capazes de oferecer respostas equilibradas e controláveis aos conflitos envolvendo tais direitos. Essa privação metodológica agrava-se ante o alto nível de abertura semântica, carga axiológica e grau hierárquico de tais normas, acentuando as controvérsias literárias e jurisprudenciais em torno de disputas sobre direitos fundamentais.

As dificuldades hermenêutico-metodológicas inerentes aos direitos fundamentais repercutem diretamente sobre a jurisprudência, que se mostra repleta de exemplos de distorções na aplicação dessas normas, como nos casos acima citados, revelando a soberba das decisões, pautadas por voluntarismo ou até arbítrio, sendo ignorados os métodos hermenêuticos propostos pela contemporânea literatura constitucional ou mesmo, de forma mais sofisticada, sendo esses métodos manipulados em manobras *solipsistas*.

Um dos elementos centrais da grave crise brasileira de aplicação dos direitos fundamentais está na teoria principiológica e de seu pretenso método da ponderação<sup>5</sup>, que têm proporcionado uma avalanche de decisões questionáveis sob a perspectiva científica e normativa do Direito Constitucional, mas abrigadas sob uma suposta racionalidade, apesar de impregnada pelo subjetivismo.

Sem dúvidas, esse é um fenômeno generalizado dentro do sistema jurídico nacional, visualizável desde os julgados de primeiro grau mais simples, envolvendo temas rotineiros da vida humana e, conseqüentemente, judiciais, como as brigas de vizinhos, disputas por guardas de crianças, julgamento de crimes de estelionatos ou tráfico de drogas, até os casos mais complexos e de grande repercussão social e coletivas como ações civis públicas com impacto regional ou nacional, declaração de inconstitucionalidades de leis que afetem direitos fundamentais de todos os seres humanos dentro do gigantesco território brasileiro ou mesmo definidores dos rumos da vida política de toda a nação. Não obstante isso, um dos pontos de partida desta pesquisa, que acaba se apresentando como parte integrante de sua hipótese, é que, quanto mais complexa e com maior repercussão é a decisão – seja em qual instância judicial se esteja – maiores são os riscos da soberba e do solipsismo na decisão, ou seja, no contexto da *Macrojustiça*, há maiores riscos e maiores problemas de controle normativo para a Hermenêutica Jurídica.

Assim sendo, revela-se como tema a ser enfrentado por esta investigação científica a carência de métodos e procedimentos de trabalho com os direitos fundamentais –

---

<sup>5</sup> Devendo-se aqui ressaltar que, quando aqui é citada a ponderação, o que se almeja criticar é a sua utilização como mero juízo comparativo entre opções de julgamento sem o necessário enfrentamento dos argumentos em um ou outro sentido, ou seja, sem que o interprete se desincumba do seu ônus argumentativo, o que vem sendo bem comum na praxe forense brasileira.

ormente, no cenário da *Macrojustiça* – que sejam aptos a enfrentar a ampla abertura semântica de tais normas, os problemas consequenciais de tais decisões, sendo capazes de proporcionar meios de resolução de conflitos jusfundamentais e gerar um controle intersubjetivo das decisões judiciais.

Nesse sentido, a objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais será abordada como parâmetro de controle da subjetividade e da racionalidade das decisões judiciais e como meio possível – mesmo no panorama da *Macrojustiça* – de controle da soberba e do solipsismo tão comuns como deletérios à interpretação e aplicação de tais direitos no Brasil. Pode-se citar como exemplo prático dessa objetivação a criação de ferramentas de participação pública na atuação do Judiciário, uma forma de raciocínio intersubjetiva apta a contrastar e evitar os arbítrios e os solipsismos, bem como aumentando a carga democrática e a legitimidade dos julgados.

Assim sendo, será buscado na análise comparativa e crítica de referenciais teóricos e filosóficos a fundamentação para essa hermenêutica jurídica que transcende a racionalidade exclusivamente de conteúdo rumo a uma racionalidade também procedimental, o que pode se manifestar na seara jurídica pela objetivação de procedimentos, proporcionando também uma metamorfose de uma razão puramente individual-subjetiva para uma razão pragmática-procedimental.

## 2 DUAS VISÕES DO DIREITO NO CONTEXTO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE ALTO DÉFICT DE CONTROLABILIDADE NORMATIVA

### 2.1 Entre duas escalas de problemas

O conhecimento humano, nas mais diferentes áreas, pode dirigir seu foco de atenção partindo de uma escala de mínimos ou de máximos problemas. A Biologia, por exemplo, pode analisar uma célula ou mesmo as organelas que a compõem, bem como pode examinar os ecossistemas de uma região de um país ou as inter-relações entre os diferentes ecossistemas de todo o globo terrestre. Da mesma forma, a Física pode se dedicar ao estudo do átomo e de suas subpartículas ou pode direcionar sua observação aos mistérios do Cosmos e suas origens.

De um modo ou de outro, a Ciência pode ser dirigida sob uma perspectiva micro ou macroscópica, vivendo o estudo humano em um pêndulo entre esses dois extremos, que pode ser bem ilustrado pela imagem de dois aparelhos representativos de cada um desses hemisférios do conhecimento, que são, respectivamente, o microscópio e o telescópio. Curiosamente, ambos os instrumentos possuem origens muito próximas por volta de 1600. O microscópio<sup>6</sup> e o telescópio<sup>7</sup> foram desenvolvidos no início do século XVII e hoje simbolizam o estudo de mundos que - por serem invisíveis aos olhos - durante muito tempo, o ser humano sequer sabia que existiam.

Essa realidade é comum não somente às ciências naturais, mas também às ciências sociais e às ciências sociais aplicadas. Na Sociologia, por exemplo, há um acalorado debate sobre os dilemas e incompletudes de uma análise dos fenômenos sociais sob uma perspectiva

---

<sup>6</sup> “Então, por volta de 1600, o microscópio foi inventado pelos holandeses fabricantes de óculos, que colocaram duas lentes juntas para aumentar a ampliação. Em 1665, o cientista inglês Robert Hooke fez o primeiro desenho de minúsculas células vivas que ele vira numa fátia de cortiça através de um microscópio”. HART-DAVIS, Adam ... [et al.]. Tradução: Alice Klesck. *O Livro da Ciência*. 2ª edição. São Paulo: Globo, 2016. P. 56.

<sup>7</sup> “No verão de 1609, Galileu ouviu falar de uma nova invenção. Fabricantes de óculos na Holanda haviam criado lunetas que ampliavam objetos distantes três ou quatro vezes. Com cerca de trinta centímetros de comprimento, elas tinham uma lente convexa em uma extremidade e uma lente côncava para a ocular na outra ponta. Mascates estavam vendendo as lunetas nas ruas de Paris. (...) Galileu aperfeiçoou o projeto original holandês usando uma lente convexa mais fina – com distância focal maior, aproximadamente 1,22 metro. Ambas as mudanças intensificaram a ampliação da imagem. E também usou uma ocular côncava muito mais forte (distância focal menor). Ambas as mudanças intensificaram a ampliação da imagem. Galileu fez suas descobertas com um telescópio cuja capacidade de aumento era de cerca de vinte vezes. Os telescópios desse tipo têm um limite prático da capacidade de aumento: aproximadamente trinta vezes. MACLACHLAN, James. Tradução: Laura Teixeira Motta. *Galileu Galilei: O primeiro Físico*. 1ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. Pp. 44 e 45.

micro ou macrossocial<sup>8</sup>. Inicialmente, pode-se, naquela ciência, compreender esse como o debate entre a análise de processos amplos na sociedade, como o estudo das classes, do governo, da economia etc., o que seria designado como Macrossociologia; e a análise de ações dos indivíduos entre si no seio da sociedade, focando a observação nos valores, sentimentos e interesses pessoais em face do coletivo, o que seria a Microssociologia. Em termos mais prosaicos, poder-se-ia afirmar que a dicotomia micro e macrossociologia seria a representação na teoria das sociedades da dualidade “indivíduo-sociedade”. Isto, no entanto, não é pacífico entre os sociólogos<sup>9</sup>, posto que há perspectivas que defendem que micro e macro são diferentes níveis de análise da vida social, ou seja, são diferentes prismas de análise da própria coletividade (e não de indivíduos), “consequentemente, uma teoria microssociológica não implica a negação do nível macro, dado que o que a caracteriza é apenas seu interesse analítico”<sup>10</sup>.

Ainda no contexto da Sociologia, é inolvidável a análise do poder em suas micropráticas, nas microrelações humanas, sob a perspectiva foucaultiana, concebendo o “indivíduo como uma espécie de núcleo elementar, átomo primitivo, matéria múltipla e inerte que o poder golpearia e sobre o qual se aplicaria, submetendo os indivíduos ou estraçalhando-os”<sup>11</sup>.

Na Economia, micro e macro são ainda mais fortemente diferenciados. A Microeconomia destina-se ao estudo das famílias, das empresas e dos mercados em que operam, tendo, declaradamente, um objeto de estudo parcial, concentrando-se em mercados específicos e na formação dos preços<sup>12</sup>. A Macroeconomia, por sua vez, destina-se ao estudo dos grandes agregados, como renda e produtos nacionais, produto interno bruto, emprego e desemprego, sempre tratando os mercados de forma global<sup>13</sup>.

Nesse contexto, o que aqui se começa a perquirir é sobre a existência de dois modelos possíveis de análise do Direito, obviamente, a referência que se faz é sobre análises micro ou macro jurídicas e de possíveis distinções entre essas duas perspectivas de problemas.

---

<sup>8</sup> “Com efeito, desde suas origens, o modo como se concebe a relação entre essas duas unidades de análise da realidade social tem dividido essa ciência. Refletindo processos sociais e ambientes intelectuais distintos, acabaram formando-se duas grandes tradições interpretativas, privilegiando a primeira o elemento macro-objetivo do coletivo e a segunda o elemento micro-subjetivo do individual, divisão que costuma ser apresentada (não sem alguma simplificação) a partir das figuras arquetípicas de Émile Durkheim, por um lado, e de Max Weber, por outro”. SELL, Carlos Eduardo; DE PAULA, Josias Jr. *A teoria sociológica e o debate micro-macro hoje*. In: *Política & Sociedade*. Vol. 15, Ed. 34 (Sep-Dec 2016): 7-17. Florianópolis, 2016. P. 8.

<sup>9</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>10</sup> *Idem. Ibidem.* P. 10.

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 6ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. P. 284.

<sup>12</sup> VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: Micro e Macro*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 29.

<sup>13</sup> *Idem. Ibidem.* P. 195.

Em outros termos, o que, inicialmente, desperta o interesse desta pesquisa são eventuais distinções na forma de manifestação do fenômeno jurídico, que afetam diretamente a aplicação desta ciência social, que somente são perceptíveis quando se regula a perspectiva de análise conforme a escala do objeto de pesquisa.

Nunca é demasiado lembrar, tal como advertia Miguel Reale, já em suas preliminares lições, que “o Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”<sup>14</sup>. Dessarte, se a sociedade possui micro e macroproblemas, o que desperta a Sociologia para investigações em cada uma desses níveis, tal como acima visto, obviamente, essas controvérsias sociais também manifestar-se-ão no campo jurídico guardando diferentes proporções e relevância.

Diante disso, causa certa perplexidade dirigir olhar para o Direito e constatar que, neste campo do conhecimento humano, ainda carece de detalhamento científico e especialização – quiçá existência – uma segmentação do estudo em níveis micro e macrojurídicos, de modo a garantir que a peculiaridade de cada uma dessas análises seja preservada.

Isso se revela ainda mais urgente nos dias atuais, em que a percepção da existência de duas escalas de problemas jurídicos é mais flagrante. Fala-se em dias atuais, visto que a tradição jurídica se manteve atada a uma perspectiva atomizada e individual de resolução de problemas, sendo possível se falar que os conflitos de massa e decisões com repercussão coletiva ou *erga omnes* começam a ser preocupação do Direito apenas muito recentemente.

Vale rememorar que boa parte do Direito ocidental tem origem nas tradições românicas com seus institutos de nítida feição individual, tais como a propriedade e o contrato<sup>15</sup>, baseadas, primordialmente, na resolução dos conflitos privados dos cidadãos

---

<sup>14</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 2.

<sup>15</sup> “O direito romano continua vivo em várias instituições liberais individualistas contemporâneas, principalmente naquelas instituições jurídicas concernentes ao direito de propriedade no seu prisma civilista e ao direito das obrigações, norteadas pelo caráter privatístico do nosso Código Civil, priorizador da defesa da propriedade como direito real, *erga omnes*, absoluto, portanto, como um direito ilimitado, calcado no privilégio de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar da coisa (*jus abutendi*), justificando inclusive o desforço in *continenti* (art. 502 do Código Civil brasileiro), ou seja, a legítima defesa da posse. Desta forma, a reapropriação formal dos conceitos jurídicos romanos adaptou-se historicamente à organização do cálculo racional, à previsibilidade das expectativas exigidas pelo mercado e à certeza jurídica, como fatores obliteradores em muitas circunstâncias de uma ideia mais ampla de justiça social, nas sociedades capitalistas modernas e no colonialismo e neocolonialismo típicos das economias pré-capitalistas coloniais e dos países constituintes da periferia do sistema capitalista atual”. VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos E Seus Legados*. In: Wolkmer, Antônio Carlos (organizador). *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 90.

romanos por meio da atuação dos pretores<sup>16</sup>, ou seja, uma compreensão microscópica de análise do fenômeno jurídico, o que perdurou durante grande parte da história<sup>17</sup>.

Por outro lado, pode-se observar como marcos de transição de uma análise centrada na perspectiva microscópica e individual para uma análise dos macroproblemas jurídicos, a criação do controle de constitucionalidade, em 1803, no caso *Marbury vrs. Madison*<sup>18</sup>, bem como se pode citar, no ano de 1920, a Constituição Austríaca que “regulamentou a Corte de Justiça constitucional (*Verfassungsgerishtshof*) como único órgão do Judiciário competente para exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis”<sup>19</sup>. Nesse sentido, com o controle de constitucionalidade, surge uma perspectiva focada nos grandes problemas jurídicos da sociedade, alterando significativamente a dinâmica de aplicação do Direito.

Não bastasse isso, com base em Cappelletti e Garth, nota-se uma nova quebra de paradigmas, em meados do século XX, quando surge a necessidade de adaptar o Direito à resolução de problemas transindividuais, que amadurece com a chamada segunda onda renovatória do acesso à justiça, baseada na ideia de ser necessária a coletivização do processo para ser possível a defesa em juízo de direitos metaindividuais, o que é justificado pelos autores no próprio reconhecimento dessa nova categoria de direitos de multidões, bem como na inviabilidade econômica da proteção de tais direitos sob a perspectiva individual<sup>20</sup>.

A análise realizada por Cappelletti e Garth é fundamental para se perceber o quanto o Direito está atrasado no que diz respeito ao direcionamento de processos aptos ao enfrentamento de macroproblemas. Apenas no início do século XX é que será iniciado esse processo de especialização de procedimentos para a resolução de problemas jurídico-sociais em massa. Os autores já alertavam a insuficiência até mesmo de técnicas para lidar com tal espécie de demanda, ressaltando o individualismo da concepção tradicional do processo civil,

---

<sup>16</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 75.

<sup>17</sup> “Ora, nenhum direito do passado reúne, para esse fim, as condições que o direito romano apresenta. Abarcando mais de 12 séculos de evolução - documentada com certa abundância de fontes -, nele desfilam, diante do estudioso, os problemas de construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos”. *Idem. Ibidem*. P. 2.

<sup>18</sup> DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017. P. 44.

<sup>19</sup> *Idem. Ibidem*. P. 47.

<sup>20</sup> “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’ [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. P. 49.

além mesmo de uma carência de regras sobre legitimidade, procedimento e atuação dos juízes para os casos de interesses difusos<sup>21</sup>.

Posta essa deficiência técnica do Direito, agravada pelo aquecimento das questões humanas na atual “sociedade de massas” das economias desenvolvidas ou mesmo em desenvolvimento, urge que se proceda a uma revisão do Direito, de modo a que ele possa analisar os problemas jurídicos de acordo com suas reais dimensões, sendo os problemas sem repercussão política e coletiva tratados sob um prisma micro e os grandes problemas com relevante repercussão política e social cuidados sob um viés macro.

Essa evolução científica revela-se necessária, mormente, pelo fato de a dicotomia micro *versus* macro já existir na realidade prática. Diferente não poderia ser, já que as questões humanas não esperam o progredir da ciência para se manifestarem. Com efeito, no atual cenário de grandes conglomerados urbanos, de produtos e serviços ofertados em larga escala, de alta capacidade produtiva e alcance global de empresas *etc.*, os conflitos com grave repercussão avolumam-se e já chegam para ser enfrentados pelo Direito, fazendo com que, na prática (e com a carência de aprofundamento científico acima citado), já existam duas Justiças paralelas dentro do atual panorama brasileiro.

No Brasil, por exemplo, dentre 79,7 (setenta e nove vírgula sete) milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário ao final do ano de 2016<sup>22</sup>, - em sua maioria, casos individuais e sem grande repercussão social – já há um contingente significativo de questões judiciais coletivas e com grave repercussão social. Com as recentes reformas constitucionais e processuais, já se pode constatar um número bastante elevado de casos afetados por recursos com repercussão geral (estima-se que 104.689 feitos aguardam fixação de tese pelo STF<sup>23</sup>). Além disso, apenas nos sites dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho), há 52 mil ações e processos tombados como coletivos<sup>24</sup>. Ao revés, segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 89,3% (oitenta e nove vírgula três por cento) dos juízes entrevistados sobre

---

<sup>21</sup> “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”. *Idem. Ibidem.* P. 49 e 50.

<sup>22</sup> Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.P. 65.

<sup>23</sup> Dados do CNJ de 15.05.17. Disponível em: [https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos](https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos). Acesso em 08.05.18, às 10h.

<sup>24</sup> Dados do CNJ de 19.10.17. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoas-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>. Acesso em 08.05.18, às 10h:30min.



tutela coletiva de direitos afirmaram que “não consideram plenamente adequada a formação da magistratura em temas relacionados aos direitos coletivos e processuais”<sup>25</sup>. Tudo isso a revelar um descompasso entre a complexidade dos problemas jurídico-sociais e a necessária preparação do Direito para lidar com essas duas ordens de problemas.

## 2.2 Duas Justiças paralelas, simultâneas e sobrepostas

Segundo a Epistemologia, os conceitos buscam apresentar os objetos do conhecimento de forma sintética – em oposição à abrangência desses entes em si –, reunindo a totalidade de suas características e, portanto, favorecendo sua operacionalização, sem, contudo, provocar redução de sentido<sup>26</sup>. Conceituar, todavia, não se confunde com definir. Definir é afirmar “o que alguma coisa é”<sup>27</sup>, enquanto conceituar é anunciar o que se conhece a respeito de algo<sup>28</sup>, ou seja, trabalhar a ideia a respeito de um instituto por aproximação, de forma objetiva, para submetê-la ao crivo da comunidade acadêmica.

Nesse sentido, conceituar é buscar uma construção de sentido geral, de forma técnica, mas reconhecendo os limites da descrição científica. Considerando isso, para se iniciar a exploração acadêmica de algo, revela-se interessante buscar a conceituação desse objeto de pesquisa. Parte-se então aqui para o desafio de conceituar essas duas perspectivas contemporâneas de problemas jurídicos expostos acima.

A primeira dessas visões do Direito é o que pode ser designado de Microjustiça, que consiste na resolução de problemas particulares, cujos conflitos de interesses em questão estão focados apenas nas partes formais do processo, que, apesar de muito relevantes para os titulares de direitos envolvidos na demanda, pouco ou nada repercutem na realidade social em que eles se inserem. Essa Microjustiça poderia ser exemplificada nos divórcios litigiosos,

<sup>25</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>26</sup> FRANCELIN, Marivalde Moacir. KOBASHI Nair Yumiko. *Perspectivas teórico-epistemológicas sobre o conceito na organização do conhecimento: o discurso brasileiro*. In: *20 Años del Capítulo Español de ISKO. Actas del X Congreso ISKO da Universidade da Coruña (Espanña)*, 2012. Pp. 321-336. P. 8.

<sup>27</sup> “DEFINIÇÃO (gr. ὄποις, ὀπιΟ|K>Ç; lat. Definitio-, in. Definition; fr. Definition; ai. Definition; it. Definizione). Declaração da essência. Distinguem-se diversos conceitos de D., que correspondem aos diversos conceitos de essência (v.), mais precisamente: 1a conceito de D. como declaração da essência substancial; 2a conceito de D. como declaração da essência nominal; 3a conceito de D. como declaração da essência-significado”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 235.

<sup>28</sup> “CONCEITO (gr. tayyoc; lat. Conceptus; in. Concept; fr. Concept; ai. Begriff; it. Conceito). Em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc.”. *Idem. Ibidem.* P. 164.

causas trabalhistas entre empregado e empregador isoladamente considerados, demandas previdenciárias de Juizados Especiais Federais, entre outras.

Sob outro prisma, a Macrojustiça está nas demandas jurídicas com manifesta repercussão política, econômica ou social, em que as decisões transcendem o interesse das partes formais do processo, gerando efeitos *erga omnes* e influenciando diretamente a vida pública. A Macrojustiça teria como exemplos as ações de controle concentrado de constitucionalidade, os processos coletivos de impacto social e até mesmo casos individuais com repercussão política e social sobre terceiros.

Estabelecidos esses conceitos iniciais, é importante – para que não parem dúvidas sobre as ideias acima expostas – rechaçar algumas possíveis más compreensões inerentes ao tema desta investigação.

A primeira dessas ressalvas é a de que a distinção entre Micro e Macrojustiça não é uma questão de quantidade. Não se trata de uma preocupação com os números de processos. A Macrojustiça – nos termos aqui tratados – não é um Direito que volta sua preocupação para os grandes volumes processuais, ponto este que é objeto de estudo daquilo que vem se chamando de Sociologia da Administração de Justiça<sup>29</sup>. A Macrojustiça, tal como se sustenta nesta investigação, pode se dar tanto sobre uma grande quantidade, como sobre um único processo que cuide sobre determinado tema. O importante é que dessa relação processual exsurjam efeitos sociais relevantes. Não bastasse isso, dos próprios exemplos acima dados de Microjustiça, nota-se que, desses casos, é que, na realidade, aflora o grande varejo de processos, sendo das pequenas causas individuais e particulares, de estrito interesse, que vão se formando os gigantescos números de processos judiciais brasileiros. Assim sendo, nota-se que os conceitos de Micro e Macrojustiça aqui trabalhados são qualitativos e não quantitativos.

Do mesmo modo, a dicotomia Micro e Macrojustiça não é uma questão de órgão jurisdicional a apreciar a causa. Um contato prefacial com o tema poderia levar a crer que aqui está se criando uma dicotomia entre as causas dos juízes de primeiro grau e as causas dos tribunais ou mesmo as causas dos tribunais superiores *versus* as causas dos níveis judiciais a eles subordinados ou ainda as causas do STF em contraposição às causas de todos os demais níveis do Judiciário. Não é disso que se trata. A distinção entre Micro e Macrojustiça não é uma questão de grau de jurisdição, mas capacidade de repercussão e vinculação social a uma decisão judicial.

---

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. P. 55.

Nesse sentido, em um universo como o dos dias atuais, em que determinados processos coletivos podem ter decisões com vinculação e repercussão sobre todo o território nacional, não há que se falar em decisões com caráter vinculante e *erga omnes* apenas nos níveis mais elevados de jurisdição, podendo um juiz de primeiro grau ter contato com causas que possuem claro caráter de Macrojustiça. Exemplos disso são as decisões suspendendo as provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que frequentemente são noticiadas afetando milhares de alunos em todo o território nacional, sendo normalmente emanadas do primeiro grau da Justiça Federal. A *contrário sensu*, há vários casos que chegam ao STF na esteira recursal e sem repercussão social, podendo aqui ser citado o Agravo em RE N.º 875986<sup>30</sup>, que discutia a posse de um papagaio por uma idosa, o que demonstra a total possibilidade de casos de Microjustiça existirem até mesmo na mais alta corte do país.

A distinção entre Micro e Macrojustiça, desse modo, não está pautada no órgão jurisdicional responsável por seu julgamento, mas no objeto de demanda que se analisa e nas repercussões de suas decisões. Isso demonstra, inclusive, ser possível que um mesmo magistrado exerça tanto Micro como Macrojustiça. Isso ocorre, por exemplo, em varas gerais, em que um magistrado em um momento pode estar julgando demandas de família ou a concessão de benefícios de prestação continuada e, em um segundo instante, apreciando uma ação civil pública que interfira em uma política pública com potencial para afetar a vida de toda a população de um determinado estado da federação.

Outro ponto a ser aclarado é que a diferença entre Micro e Macrojustiça não equivale à diferença entre processos individuais e processos coletivos. Os processos individuais podem contemplar causas de Macrojustiça. Um exemplo relevante disso foi o HC 82.959/SP<sup>31</sup>, o célebre caso da possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, em que o STF, analisando um caso individual, acabou por possibilitar a

---

<sup>30</sup> “DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AMBIENTAL. POSSE DE ANIMAL SILVESTRE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO FUNDAMENTADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”. (ARE 875986, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 06/04/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08/04/2015 PUBLIC 09/04/2015).

<sup>31</sup> “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

progressão de regime para todos os apenados por crimes hediondos, em clara demonstração de que os processos individuais também podem encartar causas com grave repercussão social. Lado outro, são comuns ações civis públicas pelo Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos de um ou outro cidadão isoladamente considerado, o que faz com que – em que pese o procedimento em questão tenha feições coletivas – na prática, acabe resguardando apenas interesses particulares e sem maiores repercussões.

A distinção entre Micro e a Macrojustiça também não está relacionada com a capacidade econômica das partes interessadas nas demandas. É frequente entre o senso comum se falar em uma “Justiça para os Ricos” e uma “Justiça para os Pobres”. Em que pese se possa, sob o prisma sociológico, buscar elementos para analisar tal perspectiva, o que, inclusive, também é tema de interesse da Sociologia da Administração de Justiça<sup>32</sup>, não é esse o sentido aqui dado às dimensões de Justiça expostas. Tal se pode afirmar, mormente, em razão de, nos dias atuais, com o desenvolvimento da Defensoria Pública, muitas das causas dos mais pobres serem levadas à discussão em um prisma macroscópico e gerarem decisões muito relevantes e com agudos impactos sociais. Tal aspecto pode ser exemplificado com o Habeas Corpus Nº 143641<sup>33</sup>, impetrado pela Defensoria Pública da União no STF, que garantiu, em todo o território nacional, às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação, com algumas ressalvas, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar<sup>34</sup>, sendo claro o caráter macro da decisão.

Outro ponto digno de nota é a distinção entre os conceitos aqui trabalhados e os de casos fáceis e difíceis (*easy e hard cases*). Como se pode apreender da obra de Dworkin, os chamados casos fáceis seriam aqueles que poderiam ser solucionados por meio de regras claras e dedução silogística. Já os *hard cases* ocorreriam quando não fosse possível encontrar,

---

<sup>32</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibidem*.

<sup>33</sup> “Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO (...)”.

<sup>34</sup> Este tema será analisado com maior profundidade no decorrer da pesquisa.

no ordenamento jurídico, com facilidade a norma aplicável, sendo necessário o julgador recorrer à princípios ou políticas (*policies*)<sup>35</sup>. Como se pode notar dos conceitos aqui trabalhados, Micro e Macrojustiça não estão relacionados à facilidade (ou não) de aplicação da norma jurídica ao caso, mas, mormente, das repercussões políticas e sociais da aplicação dessas normas, sejam elas de clara definição ou não no momento de agir do julgador.

Não obstante tudo o aqui afirmado, vale lembrar com Popper, que, “na ciência, fazemos o melhor possível para descobrir a verdade, mas sabemos que nunca podemos ter certeza de ter alcançado. Aprendemos no passado, à custa de muitas decepções, que não devemos esperar atingir algo definitivo”<sup>36</sup>. Desta feita os conceitos e as distinções aqui desenvolvidos – como o contexto geral de conceitos científicos – guardam margem de relatividade, bem como possuem zonas cinzentas em que essas distinções não são tão claras, podendo, inclusive, se pensar, em tese, em níveis graduais, ou seja, casos inicialmente de Microjustiça que se avolumam ao ponto de transbordar em importância social, passando a configurar casos de Macrojustiça.

Realizadas essas considerações, pode-se mudar o foco daquilo que tais conceitos *não* representam, voltando para aquilo que, de fato, eles buscam exprimir. Assim, nota-se que, na construção dos conceitos de Micro e Macrojustiça, adotam-se duas ordens de critérios distintivos: *a) um de ordem objetiva* – o interesse primordial da demanda, visto que na Microjustiça é eminentemente particular, enquanto na Macrojustiça as preocupações transbordam para a coletividade; *b) um de ordem subjetiva* – a repercussão política, econômica ou social, posto que, na Macrojustiça, há uma inflação do político sobre o técnico jurídico.

Esse elemento subjetivo é sobremaneira importante, a princípio, por ser o aspecto mais difícil na identificação dos casos que integram (ou não) a Macrojustiça, dado que, por vezes, é complexo afirmar quando uma demanda possui repercussão política, econômica ou social. Tal sorte de definição extrapola a própria dimensão jurídica dos problemas, além de depender da própria análise pessoal daquele que avalia a demanda. O que para uns possui repercussão política, econômica e social para outros pode ser que não as tenha.

Além disso, esse elemento subjetivo é vital por ser um ponto de interconexão entre a Macrojustiça e os direitos fundamentais. Há uma correlação entre a Macrojustiça e os

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P 127 e ss.

<sup>36</sup> POPPER, Karl Raimund. *Dois Tipos de Definições*. In: *Textos escolhidos/Karl Popper*. Organização e tradução David Miller; tradução Vera Ribeiro; Revisão de tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2010. P. 90.

direitos fundamentais, já que essa visão do Direito em larga escala, por estar diretamente ligada a demandas de ordem política, econômica ou social, acaba se aproximando ou mesmo se sobrepondo aos temas correlatos aos direitos fundamentais. O mesmo não ocorre com a Microjustiça, que pode ou não versar sobre temas relacionados a direitos fundamentais, dado o grande varejo de temas que é apresentado a esta perspectiva do Direito para apreciação.

Com efeito, pode-se resumir afirmando que há uma correlação entre Macrojustiça e direitos fundamentais, que não há na Microjustiça. Nos macroproblemas do universo jurídico, há uma forte tensão com os direitos fundamentais, visto que, direta ou indiretamente, transcende-se o aspecto das partes envolvidas impondo-se obrigações diretas para o Estado com repercussão em direitos básicos dos indivíduos em geral, enquanto que sob o prisma micro, as questões podem ficar restritas entre as partes, não repercutindo sobre direitos que afetam toda uma coletividade.

Nesse passo, o que aqui se defende é o reconhecimento da diversidade de perspectivas de observação e análise do problema jurídico para que assim se possa estabelecer métodos diversos de análise e trabalho com cada uma dessas formas de lidar com os temas levados ao Direito para solução. Esta pesquisa parte justamente da hipótese a ser comprovada de que, no âmbito da Macrojustiça, em razão da maior complexidade dos temas e da maior repercussão das decisões, maior é o déficit de controle normativo da hermenêutica jurídica que o opera e, conseqüentemente, maiores são os riscos da soberba e do solipsismo em suas conclusões.

### **2.3 Relações extrajurídicas e as duas Justiças no Brasil**

Ante o acima exposto, pode-se afirmar que, no âmbito da Macrojustiça, há uma maior relação entre a interpretação e aplicação do Direito com temas extrajurídicos como política, economia, valores, religião etc. Tal se deve a diferentes fatores. Inicialmente, cumpre observar que, no atual cenário constitucional, esses temas foram mais fortemente constitucionalizados, ganhando em juridicidade, o que se deveu a uma tentativa do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial de dar contornos de maior respeitabilidade a esses temas graves e caros às sociedades contemporâneas. Assim sendo, o processo de constitucionalização aspirou a reforçar o simbolismo da conversão de tais temas em algo normatizado e, portanto, supostamente, albergados pelas sanções em caso de descumprimento.

Não bastasse isso, sob a perspectiva macrosocial é que tais temas ganham em agudeza! Temas como política, economia, valores, religião *etc.* são notoriamente decisivos para a determinação das relações de poder dentro da sociedade, bem como da determinação das formas de ser, viver e agir dentro das comunidades. Esses temas, quando analisados individualmente, têm um impacto de pequena monta sobre o corpo social, no entanto, quando reverberam coletivamente, são determinantes para a forma do comportamento de toda a sociedade.

Nessa toada, quando tais temas são juridicamente pautados, a paixão que os envolve, revela-se de forma ainda expressiva, seja pelo poder que possuem sobre os próprios julgadores, seja em razão das consequências que apresentam sobre a vida das pessoas. Por isso, afirma-se que há uma maior interpenetração entre o extrajurídico e o jurídico na Macrojustiça, o que é um risco à aplicação do Direito, ficando mais vulnerável aos solipsismo e ao arbítrio.

O mesmo não ocorre com a Microjustiça, que, por estar centrada no indivíduo isoladamente considerado, oferece menos risco ao julgador, bem como diminui o número de interessados naquele pleito, por via lógica, diminui também as pressões sobre aquele que vai decidir. Isso, obviamente, não significa que não se possa fazer política, religião *etc.* no varejo dos processos judiciais, mas significa, no entanto, que o ônus argumentativo neste caso é bem menor e menores são os riscos sociais de tais decisões, o que não reverbera sobre a vida significativa da comunidade em questão.

Nesse contexto, nota-se, novamente, a relação entre a Macrojustiça e os direitos fundamentais, sendo aquela o ambiente adequado para tratar de temas relacionados a estes, principalmente, quando se sabe que há uma determinada gama de fatores jurídicos e sociais necessários para se conseguir garantir uma isonomia na prestação de tais direitos aos indivíduos de um grupo social, o que, inclusive, é dever apriorístico do próprio estado em razão da dimensão objetiva<sup>37</sup> desses mesmos direitos. Com efeito, sendo os direitos fundamentais os espaços normativos aptos a transportar os interesses políticos, econômicos, axiológicos e religiosos de um povo, apenas se retroalimenta a relação entre Macrojustiça e direitos fundamentais, sendo necessário compreender a estrutura normativa destes para verificar os riscos que eles apresentam e encontram no ambiente hermenêutico da Macrojustiça.

---

<sup>37</sup> O tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais será desenvolvido adiante.

## 2.4 A maximização dos problemas hermenêuticos na Macrojustiça dos direitos fundamentais: a abertura estrutural e a carência de parâmetros de controle de decisões judiciais de direitos fundamentais

### 2.4.1 O conceito semântico de norma de direitos fundamentais

Ao se examinar o debate científico sobre as normas de direitos fundamentais, constata-se a existência de sérias divergências conceituais em torno do tema. Desse modo, para se chegar aos eventuais problemas hermenêuticos na Macrojustiça em torno de tais direitos, obviamente, faz-se necessário partir de uma noção de norma jurídica e, daí, se chegar às peculiaridades das normas de direitos fundamentais, para assim, ser possível buscar, no interior dessas normas, as razões do déficit de controlabilidade normativa ínsito aos macroproblemas jurídicos que lhes são inerentes.

Com relação à norma jurídica, incontáveis páginas já foram escritas tentando-se alcançar um conceito preciso, no entanto, a divergência sobre tal definição parece distante do fim<sup>38</sup>. Assim sendo, é preciso realizar um corte epistemológico, fixando um sentido aceitável de norma jurídica para que se possa avançar na análise do presente objeto de pesquisa. Nesse contexto, parte-se do conceito semântico-deontológico de norma, ou seja, aquele que considera a norma como o resultado da interpretação da prescrição ou do mandamento formulável por meio de modais deontológicos de permissão, obrigação ou proibição.

O conceito aqui sustentado não almeja originalidade, coadunando-se com definições apresentadas por diferentes correntes normativas que vão de Kelsen<sup>39</sup> a Alexy<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Alguns exemplos podem ser citados para demonstrar a diversidade de tratamento da matéria: “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”. REALE, Miguel. *Ibidem*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 95. “O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas. (Allgemeine Theorie Der Normen)*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986. P. 3. “Norma jurídica (ou regra jurídica) é uma proposição de linguagem (texto de norma) incluída nas fontes do direito válidas em determinado país e lugar; seu significado é fixado no âmbito de interpretação jurídica; a norma jurídica objetiva regulamentar o comportamento social de forma imperativa, estabelecendo proibições, obrigações e permissões. Na maioria dos casos, o descumprimento da norma está associado a sanções negativas”. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. P. 67. “Normas, portanto, são prescrições jurídicas de caráter hipotético e eficácia repetitiva. Elas prescrevem comportamentos para situações descritas em caráter hipotético. Em outras palavras, elas fazem a previsão de condutas a serem adotadas nas situações que descrevem hipoteticamente”. MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. P. 70.

<sup>39</sup> *Idem. Ibidem*.

<sup>40</sup> “Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de norma sejam buscados no



Não bastasse isso, o conceito semântico de norma jurídica continua capaz de descrever o fenômeno da norma jurídica de forma aceitável nos termos do acima apresentado, razão pela qual se prosseguirá com ele para a conceituação da norma jurídica de direitos fundamentais como abaixo será apresentado.

Dessarte, afigura-se compatível com a teoria semântica, a noção de norma de direito fundamental como aquela decorrente da interpretação do enunciado normativo presente em uma determinada Constituição, temporal e territorialmente especificada, distinta das demais normas constitucionais por gozar de aspectos formais e materiais caracterizadores de sua fundamentalidade.

Desse conceito de norma de direito fundamental extrai-se, portanto, como já adiantado, sua relação com o conceito semântico-deôntico de norma jurídica, sendo uma decorrência deste, restando claro que são consideradas normas de direitos fundamentais aquelas que podem ser semanticamente desdobradas, por meio da hermenêutica, dos modais deônticos presentes nos enunciados normativos no texto constitucional.

Deve-se ainda pontuar que tal conceito possui a preocupação de que a análise das normas jusfundamentais seja realizada com base em textos normativos temporal e territorialmente especificados, isto é, consagrados na Constituição de um determinado Estado, em um momento histórico discriminado, significando uma preocupação de se evitar um conceito demasiadamente abstrato, que perca o contato com as singularidades dos textos normativos de cada ordem constitucional. Isso também serve para esclarecer, desde já, que aqui se trabalha com um conceito de norma de direito fundamental a partir do horizonte de compreensão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ademais, o conceito de norma de direito fundamental acima apresentado possui o peculiar aspecto de diferenciar essas normas das demais normas constitucionais com base em um critério de especial fundamentalidade formal e material, o que segue entendimento clássico de Robert Alexy<sup>41</sup>, já tornado tradicional também no Direito Constitucional lusitano<sup>42</sup> e brasileiro<sup>43</sup>.

---

nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. O que exatamente deve ser entendido por modalidades deônticas, quantas existem quais estruturas elas assumem e como se relacionam entre si é algo que será discutido mais adiante.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 54.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Ibidem*. Pp. 65-69.

<sup>42</sup> Por todos: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003. Pp. 378-379.

<sup>43</sup> Por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pp. 74-78.

No que tange à fundamentalidade material, isso decorre do especial conteúdo das normas de direitos fundamentais, relacionado com a proteção de direitos individuais, sociais e difusos, enquanto matéria inerente à estrutura do Estado e da sociedade. A noção de fundamentalidade formal implica em esses direitos possuírem uma estatura constitucional, o que os coloca em uma posição de prevalência em relação às normas legais consagradoras de direitos<sup>44</sup>, bem como, mesmo dentro do ambiente constitucional, possuírem uma especial proteção normativa, como, no caso brasileiro, a vedação a revogação por meio de emenda constitucional (art. 60, §4º, IV<sup>45</sup> da CF/88)<sup>46</sup>.

### 2.4.2 A dicotomia entre regras e princípios

Diante do exposto, resta aqui sustentado um conceito semântico de norma de direito fundamental com peculiar fundamentalidade formal e material, cuja estrutura, com base na bastante difundida teoria principiológica, divide-se em dois grupos: as regras e os princípios.

A tese da separação entre regras e princípios é encontrada, na doutrina, sob dois enfoques: o da “demarcação forte”, que defende que a diferença é qualitativa, havendo distinções tanto na estrutura como no conteúdo das normas; e o da “demarcação fraca”, que

---

<sup>44</sup> Vale observar que o critério constitucional brasileiro necessita de ambos os aspectos (formal e material), pois há normas materialmente jusfundamentais fora do texto da Constituição, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui um título dedicado aos direitos fundamentais, mas como não possuem fundamentalidade formal não gozam do status de superioridade típico das normas jusfundamentais.

<sup>45</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>46</sup> “A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pela Constituinte, o que será objeto de análise na parte final desta obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 2º. Da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição e outros fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa contraverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais, aspecto do qual voltaremos a nos ocupar de forma mais detida no próximo capítulo.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. Pp. 74-75.

assegura que o aspecto diferenciador seria apenas estrutural, relacionado ao maior grau de generalidade dos princípios<sup>47</sup>.

A distinção entre regras e princípios com maior aceitação nos dias atuais é encontrada na obra Robert Alexy, baseando-se, em grande medida, no trabalho de Ronald Dworkin<sup>48</sup>, sendo caracterizada por defender uma diferenciação forte entre as espécies normativas. Em razão de seu alto grau aceitação, a teoria de Alexy será o fio condutor da análise estrutural das normas de direitos fundamentais aqui desenvolvida. Alexy diferencia as duas espécies normativas com base nos seguintes critérios: grau de possibilidade de realização; forma do caráter mandamental; forma de resolução de conflitos; e aproximação de conteúdos axiológicos<sup>49</sup>.

O principal fator de distinção entre as espécies normativas, segundo Alexy, consiste no fato de os princípios serem “mandamentos de otimização”, que significa que podem ser realizados em graus variados, ou seja, pode-se atender ao que é proposto pelo princípio em maior ou menor medida, dependendo das condições fáticas e jurídicas relativas ao caso<sup>50</sup>. Nesse sentido, mesmo que a efetivação de um princípio não seja plena, isso não significa que tal norma seja inválida. As regras, ao contrário, não possuem graus possíveis de realização, caso não sejam plenamente satisfeitas, estarão imediatamente violadas<sup>51</sup>. Assim sendo, nota-se que Alexy distingue regras e princípios utilizando como critério o grau de possibilidade de realização da norma. Enquanto princípios possuem graus variados de efetivação, as regras são pautadas pela realização de “tudo ou nada”<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el razonamiento Jurídico*. Traducción: Pedro Serna In: *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*. Nº 4, págs. 593-602. Coruña: Universidade da Coruña, 2000. Pp. 593-594.

<sup>48</sup> Deve-se frisar, no entanto, que há diferenças entre os trabalhos de Dworkin e Alexy. Desde a própria concepção das espécies normativas, pois o autor americano divide as normas em três espécies: regras, princípios e políticas (*polycys*). Na teoria de Dworkin, princípios são diferentes de “políticas”, pois estas teriam um caráter social, enquanto aqueles um caráter individual. Nas palavras do autor: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. P. 36.

<sup>49</sup> Apesar de aqui ser desenvolvida a teoria principiológica com base em Robert Alexy, não se pode deixar de mencionar original teorização nacional sobre o assunto: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. Pp. 156-157.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos*. In: *Revista Internacional de Direito Tributário*. Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, jan./jun., 2005.

<sup>51</sup> No mesmo sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta: Madrid, 2009. P. 110.

<sup>52</sup> “O decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas. O âmbito

Decorrente do fato de os princípios serem “mandamentos de otimização” emana o segundo fator distintivo, que é o da forma do caráter mandamental, pois, segundo Alexy, os princípios expressam um caráter *prima facie*, enquanto as regras contêm um “mandamento definitivo”, ou seja, como os princípios determinam algo que deve ser realizado na maior medida possível (mandamento de otimização), não há maneira de o mandamento normativo apresentar toda a extensão de seu conteúdo, mas apenas indicar seu primeiro sentido. As regras, ao contrário, exigem que seja feito exatamente aquilo presente em seu mandamento normativo, por isso, necessitam externar amplamente suas possibilidades fáticas e jurídicas, o que faz com que se afirme que possuem o caráter de mandamentos definitivos<sup>53</sup>.

Outro critério decisivo de distinção entre regras e princípios consiste na forma de resolução de conflitos, já que, segundo o autor de Kiel, quando os princípios entram em conflito, não há a necessidade de um princípio ser declarado inválido para que o outro possa prevalecer, havendo apenas uma precedência condicionada em uma determinada situação de um dos princípios. Já as regras resolvem seus conflitos por meio da invalidação de uma das duas normas em choque, através de regras de solução de antinomia<sup>54</sup>.

Quanto ao critério da forma de resolução de conflitos, nota-se a forte influência do pensamento de Dworkin sobre Alexy, já que o autor americano ressalta que os princípios possuem uma “dimensão de peso”, que as regras não possuem, fazendo com que os princípios, em caso de embate normativo, exijam ponderação, enquanto as regras baseiam-se em uma lógica de “tudo ou nada”<sup>55</sup>.

---

das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. P. 90

<sup>53</sup> “Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. *Idem. Ibidem*. Pp. 103-104.

<sup>54</sup> “A colisão entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da procedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” *Idem. Ibidem*. Pp. 94-95.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. Pp. 42-43.

Há ainda a diferença baseada no critério de aproximação da espécie normativa de conteúdos axiológicos, pois, como já foi citado no tópico acima, Alexy estabelece uma correlação entre princípios e valores, afirmando que ambos apresentam o mesmo comportamento no que tange aos casos de “colisão”, “ponderação” e “cumprimento gradual”, funcionando os princípios como “critérios de valoração”, que são aqueles que podem ser sopesados. Nesses termos, os princípios são espécies normativas que possuem aproximação com conteúdos axiológicos, enquanto as regras são desprovidas dessa característica<sup>56</sup>.

Essas são, portanto, as diferenças básicas, hoje já tidas como clássicas, entre princípios e regras, que são as duas estruturas básicas pelas quais as normas de direitos fundamentais podem se apresentar<sup>57</sup>. Não obstante isso, várias críticas vêm sendo levantadas a tal dicotomia como abaixo será exposto.

### 2.4.3 As críticas à teoria principiológica

Não obstante a teoria principiológica tenha recebido ampla aceitação no cenário jurídico brasileiro<sup>58</sup>, tal tese é alvo de sérias críticas, tanto sob a formulação de Dworkin<sup>59</sup>, quanto sob os moldes acima apresentados por Alexy<sup>60</sup>, o que encontra correspondência em âmbito nacional<sup>61</sup>. Tendo em conta que, como acima afirmado, a exposição aqui desenvolvida está focada na teoria principiológica mais difundida e aceita, isto é, a de Alexy, as críticas a seguir apresentadas manterão tal coerência, permanecendo concentradas no trabalho de tal autor.

As críticas centrais à teoria principiológica de Alexy podem ser resumidas da seguinte forma: ausência de limite do potencial descritivo (“crítica epistemológica: ‘irrefutabilidade’ do reconhecimento”); incompatibilidade com o conceito semântico de

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. *Ibidem*. P. 144.

<sup>57</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Ibidem*. P. 189.

<sup>58</sup> Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 43 e ss.

<sup>59</sup> RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 81: 823. New Haven: Yale University Press, 1972. PECZENIK, Aleksander. *Taking Laws Seriously*. In: *Cornell Law Review*. Vol. 68:660. 1982-1983. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

<sup>60</sup> POSCHER, Ralf, *The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit?*. In: KLATT, Matthias (org.). *Institutionalizing Reason: Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy*. Nova York: Oxford University Press, 2009. AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coord.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

<sup>61</sup> MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

norma; incompreensão hermenêutico-metodológica; “retrocesso na conceituação de regra”; “autocontradição no que tange à noção de otimização”.

A primeira crítica, aqui chamada de ausência de limite do potencial descritivo, é apresentada por Leonardo Martins, com base em Ralf Poscher, sob a designação de “‘irrefutabilidade’ do reconhecimento”<sup>62</sup>. Essa crítica, lastreada no conceito epistemológico de refutabilidade ou falseabilidade, ataca o potencial descritivo quase ilimitado da teoria principiológica, o que significa que qualquer fenômeno pode ser sintetizado em um modelo de princípio. Assim sendo, por meio de tal formulação, qualquer decisão pode ser alcançada, seja o julgamento em um sentido ou no sentido diametralmente oposto, os dois entendimentos podem ser descritos por meio da formulação principiológica.

Leonardo Martins demonstra a crítica analisando a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 855-2, o caso da pesagem dos botijões de gás. O autor expõe que o método da ponderação de princípios, tratado como se proporcionalidade fosse pelo STF, permitia que tanto o princípio da liberdade empresarial, escolhido pelo tribunal no caso, quanto o da defesa do consumidor, o extremo oposto em tal situação, recebessem preferência no julgado<sup>63</sup>.

A segunda crítica consiste na incompatibilidade de uma separação forte entre regras e princípios com o conceito semântico de norma. Como já foi acima exposto, o conceito semântico considera como normas o resultado do desdobramento hermenêutico dos modais deônticos presentes nos enunciados normativos. Dessarte, se a norma é o produto da interpretação, e, em tal processo hermenêutico, os aspectos linguísticos do texto normativo e o conjunto dos fatos que compõe a realidade devem ser levados em consideração, chegar-se-á, ao final de tal método interpretativo, a uma regra para o caso concreto, o que dispensa a distinção apriorística entre regras e princípios.

Essa segunda crítica deriva da obra de Aulis Aarnio. Tal como afirma o autor finlandês, os enunciados normativos – sejam correspondentes às normas chamadas de regras ou princípios – podem se apresentar *prima facie* (PF) de forma precisa ou imprecisa, vaga ou definida. Essas expressões textuais também podem ser mais ou menos axiologicamente

---

<sup>62</sup> MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 77.

<sup>63</sup> *Idem*. *Ibidem*. Pp. 78-81. Vale conferir a ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente”. (ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108).

abertas, por isso, sob a perspectiva linguística, não é possível sustentar a distinção entre regras e princípios.

O fato de os enunciados normativos poderem guardar ambiguidades é que faz necessária uma interpretação argumentativa “tomando em conta todos os fatores (TCF)”. “Desse modo, um significado TCF de uma expressão é sempre, por definição, mais preciso que um significado PF. Tomando em consideração todos os fatores, assinala-se um certo significado (N1), a formulação da norma”<sup>64</sup>, ou seja, a regra aplicável a tal caso. Nesses termos, Aarnio sustenta um conceito de regra juridicamente flexível, resultado do processo interpretativo, em oposição à distinção entre regras e princípios<sup>65</sup>.

A terceira crítica revela-se como uma consequência da segunda, asseverando que a distinção entre regras e princípios, principalmente no que tange ao critério de distinção da forma de resolução de conflitos, incorre em uma incompreensão hermenêutico-metodológica do sistema jurídico. Tal se afirma, pois, como já foi demonstrado, partindo-se de um conceito semântico de norma, a interpretação com base em todos os fatos produzirá uma regra, sendo esta norma do caso concreto a solução dos aparentes conflitos entre os enunciados normativos abstratamente considerados.

Essa terceira crítica pode também ser encontrada em Ralf Poscher<sup>66</sup>, quando o autor afirma que, no que tange aos conflitos normativos, regras e princípios comportam-se de forma estruturalmente idêntica, pois o sistema jurídico reage a tais colisões do mesmo modo, ou seja, por meio da formulação de “regras independentes”, também chamadas “cláusulas de exceção”<sup>67</sup>. Aquilo que Poscher designa de “regras independentes” ou “cláusulas de exceção”

---

<sup>64</sup> Livre tradução. No original: “De este modo, un significado TCF de una expresión es siempre, por definición, más preciso que un significado PF. Tomando en consideración todos los factores, se ha asignado un cierto significado (N1) a la formulación de norma”. AARNIO, Aulis. *Ibidem*. P. 26.

<sup>65</sup> “Assim, todos os enunciados normativos e todas as normas estão TCF na mesma posição. Isto também é visto claramente em uma situação em que dois princípios valorativos entram em conflito. Ambos são PF válidos. Quando são interpretados TCF ‘entrecruzam-se’ e juntos constituem a regra que se aplica ao caso”. Livre tradução. No original. “Así, todas las formulaciones de normas y todas las normas están TCF en la misma posición. Esto también se ve claramente en una situación en la que dos principios valorativos entran en conflicto. Ambos son PF válidos. Cuando son interpretados TCF <<se entrecruzan>> y juntos constituyen la regla que se aplica al caso”. AARNIO, Aulis. *Ibidem*. P. 26.

<sup>66</sup> POSCHER, Ralf. *Ibidem*. P. 20.

<sup>67</sup> “Uma análise de como o sistema legal de fato lida com colisão entre normas mostra, no entanto, que as regras e princípios são estruturados de forma idêntica e diferem apenas em seus conteúdos contingentes dentro de uma estrutura normativa única. Isso se torna especialmente evidente, quando examinamos como e quão diferentes colisões entre as normas são abordados. O sistema jurídico reage aos conflitos entre normas com regras de conflito, que variam consideravelmente em conteúdo. Estas regras de conflito podem ser representadas de várias formas como regras independentes ou como cláusulas de exceção integradas às regras conflitantes. Assim, essas normas de conflito conduzem a uma anulação de uma das normas conflitantes ou são incorporadas como normas excepcionais em uma ou em ambas as normas, evitando assim o conflito de normas completamente. Otimização por meio de sopesamento é apenas um possível conteúdo de tais cláusulas de exceção.” Livre Tradução. No original: “An analysis of how legal system in fact handles collision between norms show, however, that rules and

equivale ao que Aarnio chama de “regras juridicamente flexíveis”, isto é, o produto hermenêutico do sistema jurídico.

A quarta crítica também é apresentada por Leonardo Martins, com base em Ralf Poscher. A presente censura pauta-se no “retrocesso na conceituação de regra”, decorrente da distinção entre as duas espécies normativas. Tal oposição faz sentido, quando se observa que o conceito de regra presente na teoria principiológica de Alexy é bastante restrito, enquadrando-se em tal definição apenas normas que exigem uma baixíssima carga argumentativa<sup>68</sup>.

O que se observa é que a tese de Alexy subestima a noção de regra, pois a trata como um mandamento definitivo, com baixa carga de abstração e generalidade, além de não guardar correspondência com o conteúdo axiológico, o que foi reservado apenas para os princípios em tal teoria<sup>69</sup>. Não obstante isso, analisando-se os enunciados normativos presentes no texto da Constituição e no restante do ordenamento, nota-se que esses critérios distintivos são muito pouco claros diante da pluralidade de enunciados existentes, sendo um exercício nada profícuo tentar estabelecer uma classificação rígida com base em tais elementos<sup>70</sup>.

A quinta crítica é a da autocontradição no que tange à noção de otimização, mais uma vez, apresentada por Leonardo Martins. Esta crítica resulta de uma tentativa de reparo da teoria principiológica original, desenvolvida pelos seus próprios defensores, que passaram a reconhecer que a noção de mandamento de otimização, na verdade, expressa-se sob uma

---

principles are structured identically and differ only in their contingent contents within a single normative structure. This becomes especially apparent when we examine how-and how differently- collisions between norms are tackled. The legal system reacts to conflicts between norms with conflict rules that vary considerably in content. These conflict rules can be depicted variously as independent rules or as exception-clauses integrated into the conflicting rules. Thus, these conflict rules lead either to the invalidation of one of the conflicting norms or are incorporated as exception clauses into one or both of the norms, thus avoiding the conflict of norms altogether. Optimization by means of balancing is merely one possible content of such an exception-clause”. POSCHER, Ralf. *Ibidem*. P. 21.

<sup>68</sup> MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 81.

<sup>69</sup> “Mas cabe acrescentar que os valores não entram no sistema jurídico apenas por via dos princípios, senão também diretamente mediante regras, como já demonstramos acima com vários exemplos referentes a preceitos constitucionais e legais. (...) Enfim, diante do exposto, não se pode, a rigor, distinguir princípios e regras constitucionais pelo caráter teleológico ou valorativo dos primeiros em detrimento das segundas, nem pela maneira que esses tipos se referem a valores. Tanto há princípios quanto regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles”. NEVES, Marcelo. *Ibidem*. P. 41.

<sup>70</sup> Com base em motivos semelhantes, Aarnio chega a defender que os enunciados normativos podem ser apresentados – apenas sob o ponto de vista linguístico – de forma escalonada, havendo assim “regras”, “regras como princípios”, “princípios como regras” e “princípios”. Além disso, Aarnio também afirma que mesmo as regras podem se apresentar axiologicamente abertas. Adaptando tal idéia ao direito brasileiro, um exemplo de regra aberta aos valores poderia ser o art. 128 do Código Civil: “Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé”.



lógica de tudo ou nada, ou seja, possui um formato de regra<sup>71</sup>. Nesses termos, gera-se uma contradição insustentável, afinal, como podem os princípios serem mandamentos de otimização e os mandamentos de otimização serem regras? A conclusão é: princípios são regras!

Nesses termos, houve a necessidade de se alterar o conceito de princípios, sendo não mais “mandamentos de otimização”, mas “mandamentos a serem otimizados”, ou seja, os princípios passaram a não mais ser os catalizadores da otimização, mas o objeto de tal otimização. Com isso, os princípios foram alçados a um nível ainda mais abstrato e de difícil conceituação, passando a constituir, segundo Alexy, não um elemento do mundo do “dever ser” (*Sollen*)<sup>72</sup>, mas de uma esfera do “dever ser ideal” (*ideales Sollen*)<sup>73</sup>.

Inobstante a tentativa de salvar a teoria principiológica, resta notória a tautologia da formulação do “dever ser ideal”. Isso posto, todas as críticas aqui apresentadas fazem a teoria principiológica ruir.

Diante do aqui apresentado, mormente da leitura semântica de norma jurídica e da norma de direitos fundamentais e de suas repercussões práticas, não se pode aceitar uma distinção estrutural forte das normas jurídicas de direitos fundamentais entre princípios e regras, pois isso implicaria em um menosprezo da própria noção de regra, bem como de uma noção imprecisa da influência axiológica sobre as normas o que levaria a uma incorreta aplicação de tais normas jurídicas<sup>74</sup>.

Com efeito, apenas se pode aceitar uma distinção fraca entre princípios e regras baseada na forma de apresentação de cada uma dessas hipóteses normativas, visto que, geralmente, as regras são apresentadas por enunciados prescritivos, enquanto princípios são expostos através de comandos abertos não preocupados em trazer imperativos expressos, compreendendo-se isso apenas como uma noção primaz, pois o que a realidade normativa apresenta é que de diferentes enunciados (sejam eles de textura mais aberta ou prescritiva) podem ser retiradas diversas espécies normativas.

---

<sup>71</sup> Com destaque um dos principais alunos de Alexy: BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima Facie position und definitive position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998. Pp. 76 e ss. *Apud*: Martins, Leonardo. *Ibidem*. P. 82.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. *Ibidem*. P. 139.

<sup>73</sup> Para uma análise mais detida sobre a idéia de “dever-ser ideal” nas palavras do próprio Alexy cfr: *Idem*. *La construcción de los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2010. Pp. 40-64. Recente publicação que também trata do tema: *Idem*. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. P. 199-203.

<sup>74</sup> SOUZA, Rodrigo Telles de. *Investigação Criminal e Vedação ao Anonimato no Sistema Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013. P. 56.

Dessa forma, como a norma, sob o viés semântico, é o significado extraível do texto normativo, torna-se inútil a distinção forte e qualitativa entre princípios e regras, visto que, diante do caso concreto e tomado em conta todos os fatores, são comandos e prescrições com caráter de regra para a resolução de conflitos que são retirados dos enunciados normativos, mesmo que, originariamente, tais enunciados tenham textura aberta típica dos princípios<sup>75</sup>.

#### ***2.4.4 Os direitos fundamentais e os problemas hermenêuticos na Macrojustiça***

Diante de todo o exposto, nota-se que certas características peculiares às normas de direitos fundamentais, as fazem espaço fértil para a proliferação de graves problemas hermenêuticos, mormente em um cenário de análise macroscópica do fenômeno jurídico.

Inicialmente, a própria compreensão da norma como um significado extraível do texto normativo já revela o amplo poder conferido ao interprete-aplicador do Direito, posto que coloca em suas mãos grande responsabilidade sobre a definição dos sentidos extraíveis das normas, tornando-o bastante vulnerável à soberba ou ao solipsismo no momento de concretização da norma.

Ademais, como acima exposto, a impossibilidade de uma distinção forte entre princípios e regras, revela que as normas consagradoras de direitos fundamentais, de uma forma geral, podem, independentemente de sua estrutura de princípios e regras, ter o mesmo conteúdo, que, por sua vez, são os mais caros e mais complexos dentro de toda realidade constitucional, englobando valores, ideologias, compreensões políticas, tendências religiosas, etc., ou seja, uma série de temas explosivos, o que somado a uma compreensão semântica de apreensão de sentido, aumenta em muito os riscos para o jurista.

Não bastasse tudo isso, a proximidade entre direitos fundamentais e Macrojustiça ainda potencializa os riscos sociais das decisões, ampliando o público alvo afetado, o que gera tensão antes, durante e depois do processo decisório. Previamente, há pressão dos grupos afetados seja pela decisão em tal ou qual sentido. Durante o processo, tal influencia também é bastante presente, seja na formação da convicção do julgador ou através da apresentação de conteúdos, bem como por meio da participação em contraditório. Por fim, posteriormente, há casos drásticos de riscos à efetividade da Justiça, o que pode comprometer até mesmo o arranjo entre os poderes da república.

---

<sup>75</sup> AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. P. 26.

Por tudo isso, nitidamente, quando se trata de Macrojustiça de direitos fundamentais, nota-se ainda um agravamento do déficit de controlabilidade normativa da hermenêutica jurídica, afrouxando as compreensões e sentidos das decisões em tais casos, rendendo com mais facilidade as normas ao arbítrio, soberba ou solipsismo, razão pela qual urge que se busque uma objetivação desse processo decisório, o que será objeto de estudo nesta pesquisa daqui por diante.

### **3 A OBJETIVAÇÃO PROCEDIMENTAL A SERVIÇO DA METODOLOGIA DE TRABALHO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais: fundamento teórico-normativo**

Ante o déficit de controle normativo e intersubjetivo das decisões no cenário da Macrojustiça, nos termos apresentados no primeiro capítulo, bem como dada a direta relação entre os macroproblemas jurídico-sociais e os direitos fundamentais, passa-se aqui a apresentar a objetivação dos processos de tutela de tais direitos como uma proposta de controle das decisões judiciais no cenário de Macrojustiça.

Para isso, faz-se necessário demonstrar como a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais decorre da função ou perspectiva objetiva desses direitos, como um subdesdobramento da sua chamada Eficácia Processual Participativa. Nesses termos, impõe-se o detalhamento da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento teórico-normativo da objetivação dos processos de tutela de direitos fundamentais no contexto de Macrojustiça.

##### **3.1.1 A dupla dimensão dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais, sob o prisma de suas funções, podem se apresentar de dois modos. No primeiro, eles assumem o papel de direitos subjetivos, gerando pretensões para seus titulares. No segundo, revelam-se como competências negativas objetivas para o Estado<sup>76</sup> e lhes impondo limitações e uma determinada forma de proceder.

Assim, apresentam-se as chamadas duas dimensões dos direitos fundamentais: a dimensão subjetiva relacionada com a função de direito subjetivo dos direitos fundamentais, possibilitando que tais normas sejam manejadas como pretensões dos indivíduos oponíveis ao

---

<sup>76</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíadas Editora, 2008. Pp. 23-24. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 118. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. P. 239.

Estado; e a dimensão objetiva, mais recentemente explorada, relativa à vinculação do ente estatal, em todas as suas instâncias<sup>77</sup>, aos direitos fundamentais<sup>78</sup>.

A constatação da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, uma jurídico-subjetiva e outra jurídico-objetiva, pode ser considerada uma das mais relevantes conquistas do constitucionalismo contemporâneo<sup>79</sup>. O viés subjetivo dos direitos fundamentais diz respeito à titularidade individual dos direitos, que possibilita a exigibilidade face aos órgãos públicos, ou seja, o destinatário direto dos direitos é o cidadão, para utilizá-los em suas relações ante o Estado. Já a função objetiva corresponde à obrigação do Estado de zelar pela efetivação desses direitos em todas as instâncias possíveis, isto é, o destinatário direto dos direitos, sob este viés, é o próprio Estado, que passa a estar atrelado a um dever de proteção dos direitos fundamentais.

Analisando mais detidamente a dimensão subjetiva, pode-se afirmar que ela está relacionada com a concepção clássica dos direitos fundamentais, tratando-os como mecanismos de defesa do cidadão em face do Estado<sup>80</sup>. A perspectiva subjetiva remonta às

---

<sup>77</sup> "(...) ficando consignado que os Direitos Fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que além disso constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos". SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 143.

<sup>78</sup> "Direitos fundamentais em duplo sentido jurídico: de um lado, são eles essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; de outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos)". ANTUNES DA ROCHA, Cármen Lúcia. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais*. P. 5. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em 08.04.12.

<sup>79</sup> "Agora é um dado posto e pertence à base do conhecimento dos direitos fundamentais que eles são tanto direitos subjetivos de liberdade do titular individual, como normas (objetivas) de princípio ou escolhas valor". Livre tradução. No original: "È oggi un dato acquisitivo ed appartiene al patrimonio di base della conoscenza dei diritti fondamentali che essi siano tanto diritti soggettivi di libertà del singolo titolare, quanto norme (oggettive) de principio o scelte di valore". BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Tradução: Michele Nicoletti e Omar Brino. Milão: Giuffrè, 2006. P. 209.

<sup>80</sup> "Os direitos fundamentais como direitos individuais de liberdade vêm experimentando, por meio da jurisprudência, uma significativa expansão e intensificação da sua validade. Isso partiu do conteúdo normativo tradicional dos direitos fundamentais da forma que dito conteúdo fora cristalizado antes e durante a época de Weimar: os direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo contra o poder de império do Estado. Isso foi motivado pela vinculação imediata estabelecida no art. 1,3 L. F. de todas as funções estatais, incluindo o legislativo aos direitos fundamentais, mas isso não foi a única causa; também contribuiu para isso um fenômeno de expansão jurídico-criativa dos direitos fundamentais". Livre tradução. No original: "Los derechos fundamentales como derechos subjetivos de libertad han experimentado mediante la jurisprudencia una significativa dilatación e intensificación de su vigencia. Esta partió del contenido normativo tradicional de los derechos fundaméntateles en la forma en que dicho contenido se habla cristalizado antes y durante de Weimar: los derechos fundamentales como derechos de defensa del particular frente al poder estatal actuante en forma imperativa. Vino motivada por la vinculación inmediata establecida en el art. 1.3 L.F. de todas funciones

origens do Estado Liberal e do próprio constitucionalismo moderno, período em que a principal função da Constituição era limitar o poder estatal, funcionando os direitos fundamentais como amarras ao Estado<sup>81</sup>.

Nota-se assim que a dimensão subjetiva analisa as relações jurídicas derivadas dos direitos fundamentais apenas sob uma perspectiva indivíduo-Estado. Tal percepção decorre de uma compreensão das normas de direitos fundamentais como normas reveladoras de direitos subjetivos<sup>82</sup>. Como bem asseverou Kelsen, a noção de direito subjetivo pode designar várias situações bem diferentes<sup>83</sup>, mas faz, em regra, referência aos casos em que um determinado indivíduo encontra-se juridicamente obrigado a conduzir-se por uma determinada maneira diretamente em face de outro indivíduo (o titular do direito)<sup>84</sup>.

Dessa maneira, os direitos subjetivos são aqueles que geram para o seu titular uma pretensão (poder de exigir ou reclamar uma conduta<sup>85</sup>) em face do destinatário, o qual, por sua vez, passa a ter um dever em relação ao titular do direito. Esse dever, como também já ensinava Kelsen, pode consistir em “uma conduta positiva ou negativa, isto é, uma determinada ação ou omissão”<sup>86</sup>.

O próprio Kelsen também chegou a analisar os direitos fundamentais sob uma perspectiva de direitos subjetivos, afirmando que, se um determinado indivíduo – atingido por certa norma infraconstitucional ofensiva de um determinado direito fundamental seu – pode, através de reclamação ou recurso, conseguir a anulação dessa norma, então, tal direito fundamental ameaçado será um direito subjetivo<sup>87</sup>.

Assim sendo, resta evidente que as normas de direito fundamental possuem um caráter de direito subjetivo, gerando pretensões em face do Estado, o que significa que o

estatales, incluida la del legislador a los derechos fundamentales, pero no fue esta la única causa; también contribuyo un fenómeno de expansión jurídico-creativa de los derechos fundamentales”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução: Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. P. 99.

<sup>81</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 117.

<sup>82</sup> “Um ‘direito subjetivo fundamental’ (*subjektives Grundrecht*) define a posição jurídica fundamental que uma pessoa tem em virtude de uma norma constitucional, que é a que determina e garante a dita posição jurídica que uma pessoa tem em virtude de uma norma constitucional. Portanto, o problema é o da definição do conceito de direito subjetivo (...)”. Livre Tradução. No original: <<Un<derecho subjetivo fundamental> (*subjektives Grundrecht*) define la posición jurídica que una persona tiene en virtud de una norma constitucional, que es la que determina y garantiza dicha posición jurídica subjetiva. Por tanto, el problema es el de la definición del concepto de derecho subjetivo [...]>>. MARTÍNEZ, Julián Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. In: *Revista Cuestiones Constitucionales*. UNAM, Núm. 15, julio-diciembre, 2006. P. 119.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. P. 141.

<sup>84</sup> *Idem. Ibidem*. P. 141.

<sup>85</sup> *Idem. Ibidem*. P. 141.

<sup>86</sup> *Idem. Ibidem*. P. 141.

<sup>87</sup> *Idem. Ibidem*. P. 161.

indivíduo (titular do direito) pode exigir ou reclamar do Estado (sob esta perspectiva, destinatário do direito) condutas positivas ou negativas, que, caso não sejam atendidas, podem ensejar ações judiciais de seus titulares com a finalidade de preservar suas pretensões. Esse complexo de relações jurídicas define o direito fundamental como um direito subjetivo.

Nesses termos, percebe-se que a caracterização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos revela uma específica dimensão de tais direitos, relacionada à função defensiva e protetiva do indivíduo ante o Estado. Não bastasse isso, há uma clara relação entre essas funções e a titularidade desses direitos, pois, nesta dimensão, parte-se da titularidade dos direitos fundamentais do indivíduo isoladamente considerado. Com efeito, isso demonstra que a classificação das funções dos direitos fundamentais em uma dupla dimensão, realmente, baseia-se na inter-relação funções-titularidade, sendo, na dimensão subjetiva, a função defensiva e promocional dos direitos fundamentais inerentes à titularidade individual desses direitos.

Há, portanto, uma destacada importância para a figura do indivíduo na dimensão subjetiva, pois os direitos fundamentais orbitam a pessoa. Nesse cenário, os direitos fundamentais existem para a defesa do cidadão, cabendo a este manejar ações em defesa daqueles direitos em caso de descumprimento. Trata-se, como já afirmado, da visão liberal-clássica dos direitos fundamentais, em que esses direitos surgem como proteção do vulnerável indivíduo em face do *Leviatã* estatal.

Além disso, segundo Böckenförde, a perspectiva subjetiva também está relacionada com: a) “os direitos fundamentais como direitos gerais de liberdade e ação”<sup>88</sup>; b) “direitos fundamentais nas denominadas relações especiais de sujeição”<sup>89</sup>; c) “limitação às restrições a direitos fundamentais”<sup>90</sup>.

Não obstante isso, a partir da última metade do século XX, passou a ser reconhecida também a dimensão objetiva, revelando-se como a outra face dos direitos fundamentais em relação à dimensão subjetiva. Desse modo, o que aos cidadãos manifesta-se como direito subjetivo (dimensão subjetiva), impõe-se como competência negativa para o Estado (dimensão objetiva).

Nesse passo, a perspectiva jurídico-objetiva parte da ideia de que os direitos fundamentais não funcionam apenas como mecanismos de proteção e promoção individual

---

<sup>88</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Ibidem*. P. 99.

<sup>89</sup> *Idem*. *Ibidem*. P. 100.

<sup>90</sup> *Idem*. *Ibidem*. P. 101.

em face do Estado, cabendo ao próprio ente estatal uma postura proativa na tutela desses direitos, prescindindo de sujeitos a demandar uma determinada pretensão jurídica<sup>91</sup>.

A dimensão objetiva não significa, no entanto, a substituição da dimensão subjetiva, mas uma complementação. Nas palavras de Vieira de Andrade, a dimensão objetiva trata-se de uma “mais valia” para os direitos fundamentais em relação à dimensão subjetiva<sup>92</sup>. Em outros termos, pode-se afirmar que a nova perspectiva é outra forma de manifestação dos direitos fundamentais, que não prejudica ou substitui a função subjetiva clássica.

Com efeito, essa nova perspectiva está ligada à utilização dos direitos fundamentais não apenas para a defesa de um ou outro indivíduo, mas para a proteção e promoção desses direitos para toda a sociedade. Tal perspectiva exige uma ação estatal diferenciada na tutela dos direitos fundamentais, o que é compatível com a relevância de tais normas dentro do atual cenário constitucional. Essa nova dimensão vem gerando uma transformação na própria relação do Estado com os direitos fundamentais, baseada na atuação estatal vinculada a esses direitos.

Nesse contexto, o Estado passa a ter toda a sua atividade regida direta ou indiretamente pelos direitos fundamentais, tanto em suas relações internas como na formulação do ordenamento jurídico<sup>93</sup>. Essa marca indelével que os direitos fundamentais deixam no arcabouço do Estado caracteriza a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

### **3.1.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Com base no acima exposto, pode-se afirmar que a dimensão objetiva é a função dos direitos fundamentais responsável por um controle preventivo do agir estatal, baseada na vinculação do Estado a efetivar direitos fundamentais em todas as suas esferas de ação, adequando o ordenamento jurídico a tais direitos e afetando as relações jurídicas privadas, sem necessitar de provocação individual para se manifestar e cuja fundamentação reside nos sentidos normativos decorrentes dos enunciados consagradores de direitos fundamentais.

---

<sup>91</sup> MARTINS, Leonardo (organização e introdução, coletânea original de J. Schawabe). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. P. 81.

<sup>92</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Ibidem*. P. 142.

<sup>93</sup> "Com efeito, os direitos e garantias ao extrapolarem aquela dimensão cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada - a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertencem nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas que compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula" BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. P. 541.



Nota-se assim, que a dimensão objetiva traz consigo uma ideia de “competência negativa”, servindo como uma função limitadora da atuação do Estado. Desse modo, a Constituição estabelece as competências estatais e a dimensão objetiva faz com que tais aptidões devam ser previamente interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais, o que implica na retirada dos comportamentos contrários a esses direitos da competência do Estado.

Essa força ascendente sobre a atividade estatal faz com que os direitos fundamentais, sob a perspectiva objetiva, sejam considerados “elementos da ordem jurídica total da coletividade”<sup>94</sup>, ou seja, funcionem como *standards* para o ordenamento jurídico, o que foi apresentado, no conceito acima, quando se faz referência a “adequando o ordenamento jurídico a tais direitos”.

O poder de amoldar o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais<sup>95</sup>, desse modo, também é uma forma de competência negativa, desta vez, dirigida ao Poder Legislativo, isto é, extrai-se da possibilidade de atuação legislativa a elaboração de leis contrárias aos direitos fundamentais.

A capacidade de modelar o ordenamento jurídico, todavia, não pode ser entendida apenas como uma exigência de não fazer estatal, pois aquilo que o direito fundamental, por meio de seu caráter objetivo, impõe como limite de atuação para o Estado, isto é, “competência negativa” ou “negativa de competência”, também pode, em outro contexto, converter-se em uma obrigação de ação. Nesse curso, é possível afirmar que a dimensão objetiva não se resume a uma “competência negativa”, possuindo, na verdade, um caráter bivalente ou dúplice.

No caso do Poder Legislativo, por exemplo, esse chamado caráter dúplice da dimensão objetiva manifesta-se na citada e evidente limitação à elaboração de leis contrárias aos direitos fundamentais e pode também revelar-se na necessidade de elaboração de determinadas leis para garantir a proteção a direitos fundamentais.

No Brasil, é possível encontrar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de obrigações para o Legislador em face de direitos fundamentais, apesar de haver poucas referências à dimensão objetiva. Um exemplo foi a decisão do STF que afirma a

---

<sup>94</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. P. 245.

<sup>95</sup> “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade de que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam. Ela é fruto do dever específico de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora da tomada de decisões pelos agentes públicos”. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016. P. 338.

necessidade de o Estado regulamentar o exercício de determinadas profissões que colocam em risco a coletividade.

Esse chamado caráter dúplice da dimensão objetiva – impedimento de ações ou imposição de obrigações – não afeta apenas o Poder Legislativo, mas o Estado em todas as suas funções, ou seja, também o Executivo e o Judiciário são captados por tal pauta de conduta jusfundamental. Nesse passo, em um contexto de Micro e de Macrojustiça, em cada uma dessas escalas de proteção jurisdicional, possuirá um vínculo específico com os direitos fundamentais decorrente da dimensão objetiva.

Outro elemento importante da dimensão objetiva e que guarda relação direta com a Macrojustiça (o que será melhor detalhado na sequência desta pesquisa) é o fato de essa função independer de titulares, o que justifica a indicação do caráter preventivo, tal como se expressou no conceito acima, isto é, a perspectiva objetiva prescinde de sujeitos a demandar uma determinada prestação jurídica.

Assim sendo, como já foi aqui sustentado, a dimensão objetiva visa a transcender a ideia (inerente à dimensão subjetiva) de direitos fundamentais como meras resistências do indivíduo em face do Estado, sustentando que a tais direitos também cabe uma missão ativa. Desse modo, a necessidade de proteger e efetivar os direitos fundamentais passa a estar conectada às próprias razões de existir do Estado, o que dispensa uma provocação individual para sua aparição, possuindo mecanismos próprios de exercício.

As repercussões da dimensão objetiva vêm sendo recebidas com fascínio e entusiasmo pela literatura especializada, o que, em alguns casos, tem significado uma verdadeira explosão de institutos tidos como derivações suas<sup>96</sup>. De forma sintética e condensando o que prevalece na doutrina, são aqui apresentadas como derivações da dimensão objetiva: a) *Eficácia Vinculante* – alusiva ao atrelamento das funções estatais

---

<sup>96</sup> Pode-se afirmar que não há consenso sobre o rol de derivações da dimensão objetiva. Diversos autores tratam do tema de diferentes maneiras. Paulo Bonavides, por exemplo, apresenta um rol bastante extenso de consequências, que vai da irradiação dos direitos fundamentais sobre os ramos do Direito Privado até o desenvolvimento de conceitos hermenêuticos como os de pré-compreensão e concretização. Em Portugal, José Carlos Vieira de Andrade classifica os desdobramentos da dimensão objetiva em: a) *Garantias Institucionais*; b) *Eficácia Externa*; c) *Dever Estadual de Protecção*; d) *Organização e Processo*; e) *Outros Efeitos Normativos*. Voltando ao Brasil, Luiz Fernando Calil de Freitas faz uma divisão muito parecida com a de Vieira de Andrade, elencando como “desdobramentos da *força jurídica objetiva autônoma* dos direitos fundamentais”: a) *Eficácia Irradiante* dividida em: i) *Eficácia Privada* e ii) *Dever de Protecção*; b) *Garantias Institucionais*; c) *Organização e Procedimento*; d) *Demais Efeitos Normativos*. Robert Alexy afirma que o espectro de reverberações da dimensão objetiva “estende-se dos direitos de prestação jurídico-fundamentais originários, sobre deveres de protecção jurídico-fundamentais do estado e direitos ao procedimento de acordo com os direitos fundamentais, até exigências jurídico-fundamentais à organização”. Pieroth e Schlink, bem como na de Horst Dreier apresentam um outro rol de consequências: a) *Efeito Irradiante ou Efeito Cascata (Ausstrahlungswirkung)*; b) *Organização e Procedimento (Organisation und Verfahren)*<sup>96</sup>; c) *Desempenho e participação (Teilhabe und Leistung)*; d) *Deveres de Protecção ou Deveres Estatais de Tutela (Schutzpflichten)*. No Brasil, Dimoulis e Martins e Ingo Wolfgang Sarlet adotam classificação em sentido semelhante.

(executiva, legislativa e judiciária) aos direitos fundamentais, bem como aos deveres estatais de tutela; b) *Eficácia Irradiante* – referente ao fato de os direitos fundamentais se espargirem sobre o ordenamento jurídico, amoldando-o, gerando uma constitucionalização do Direito e uma aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares; c) *Eficácia Processual Participativa* – indicando o fortalecimento de uma perspectiva processual dos direitos fundamentais, o que engloba a “objetivação dos processos de tutela dos direitos fundamentais” e a “abertura dos processos estatais de tutela dos direitos fundamentais à participação pública”.

A correta compreensão de cada uma dessas eficácias, em especial à processual participativa, é crucial para se compreender a razão pela qual, aqui nesta pesquisa, sustenta-se a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais como uma proposta de controle das decisões judiciais no cenário de Macrojustiça. Assim sendo, parte-se aqui para o desafio de explicar cada um desses desdobramentos.

### ***3.1.3 As eficácias da dimensão objetiva dos direitos fundamentais***

#### ***3.1.3.1 A Eficácia Vinculante***

Uma das principais consequências da dimensão objetiva é a reformulação da relação entre os direitos fundamentais e o Estado. Como já adiantado, com o desenvolvimento da função objetiva passa a haver uma exigência de que o Estado tenha toda a sua atividade regida direta ou indiretamente pelos direitos fundamentais.

A vinculação estatal aos direitos fundamentais está presente na própria concepção de dimensão objetiva, pois trata tais direitos como competências negativas. Como visto, o conceito de competências negativas significa que as condutas estatais potencialmente opostas aos direitos fundamentais são, automática e previamente, retiradas da margem de atuação estatal, ou seja, a dimensão objetiva funciona como uma barreira hermenêutica para comportamentos estatais virtualmente contrários aos direitos fundamentais.

Nesse passo, à medida em que as ações estatais avessas aos direitos fundamentais são vedadas pela dimensão objetiva, logicamente, apenas os comportamentos estatais compatíveis com tais direitos passam a ser admitidos pelo ordenamento jurídico, o que significa que o Estado, em todas as suas funções (executiva, legislativa e judiciária), está vinculado a esses direitos.

Com efeito, a eficácia vinculante da dimensão objetiva significa que o Estado está obrigado a respeitar e a efetivar (impedimento de ações e imposição de obrigações) direitos fundamentais em suas três funções, o que determina uma pauta de conduta jusfundamental para os entes e órgãos públicos<sup>97</sup>.

Desse modo, é por meio da eficácia vinculante que os direitos fundamentais são fundidos ao arcabouço estatal, compelindo o Estado, nos campos executivo, legislativo e judiciário, não somente a respeitar, mas também a buscar a máxima efetividade de tais direitos.

O vínculo estatal aos direitos fundamentais, todavia, não decorre apenas de uma necessidade de controle das ações dos entes públicos, mas também da responsabilidade de o Estado impedir ações lesivas praticáveis pelos próprios particulares contra esses direitos, o que configura a chamada “função protetiva do Estado”, também designada de “deveres estatais de tutela” (*Schutzpflichten*).

Nesse sentido, o Estado – através das funções executiva, legislativa e judiciária – está vinculado aos direitos fundamentais, o que encontra respaldo no texto da Constituição ao estatuir a aplicabilidade imediata desses direitos (art. 5º, §1º da CF/88) e ao estabelecer certos componentes do sistema jurídico nacional, tais como o complexo modelo de controle de constitucionalidade brasileiro e determinadas garantias fundamentais, por exemplo, a ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo *etc.*

A obrigação do Estado para com os direitos fundamentais, obviamente, não decorre apenas da dimensão objetiva, já que, sob a perspectiva clássica, tais direitos são tratados “como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos dos cidadãos em face do Estado”<sup>98</sup>, fazendo, portanto, com que, em grande proporção, a perspectiva subjetiva também gere vinculações para o Estado.

Sem embargo de tal raciocínio, a vinculação estatal tratada no presente tópico não está relacionada àquela decorrente de pleitos individuais em face dos poderes públicos (típica da Microjustiça), mas de uma vinculação estatal prévia, imposta pela Constituição ao Estado

---

<sup>97</sup> “Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto, é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. P. 146.

<sup>98</sup> “Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos dos cidadãos em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 116.

como norma objetiva e reclamável por meio de ações e processos igualmente objetivos, ou seja, deve ser realizada e fiscalizada de forma a independe de um sujeito particular a lhes reclamar (típica da Macrojustiça).

Assim sendo, aqui não se está a tratar das obrigações que o Estado possui para com cada um dos cidadãos de modo isolado, mas de uma vinculação geral e prévia que o Estado possui de respeitar e efetivar direitos fundamentais como atividade rotineira de cada uma de suas funções.

A vinculação das funções estatais aos direitos fundamentais é assim um dos mais significativos desdobramentos da dimensão objetiva, repercutindo sobre todas as demais ramificações dessa perspectiva jurídica. A vinculação das funções estatais aos direitos fundamentais, de forma direta ou indireta, é o ponto de partida para os demais desdobramentos da dimensão objetiva.

Dessarte, cada um dos poderes estatais, sob o prisma da dimensão objetiva, deve buscar mais do que simplesmente realizar a sua missão constitucional, devendo efetuar tais tarefas imbuído de um escopo concretizador dos direitos fundamentais. Isso gera um incontável número de repercussões, tais como: o surgimento de balizas jusfundamentais à discricionariedade administrativa<sup>99</sup>, propiciando um maior controle das políticas públicas; a exigência de uma atuação legislativa atenta às finalidades e aos limites impostos pelos direitos fundamentais, criando assim uma “reserva de lei proporcional” para tais direitos<sup>100</sup>; bem como o desenvolvimento de uma prática jurisdicional dotada de uma metodologia de julgamento apta a garantir que o conteúdo das decisões concretize a máxima efetividade desses direitos<sup>101</sup>.

Nesses termos, a eficácia vinculante proporciona diferentes reverberações em cada uma das funções estatais. No que tange ao Executivo, destaca-se um acréscimo no grau

---

<sup>99</sup> MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 97.

<sup>100</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Ibidem*. Pp. 79-80.

<sup>101</sup> Luís Roberto Barroso, dissertando sobre tema conexo a este, inclui tais vinculações aos direitos fundamentais no conceito de constitucionalização, não recebendo a adesão desta pesquisa apenas no que tange à questão terminológica, elencando tais conseqüências da vinculação das funções estatais nos seguintes termos: “Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 352.

de controle da discricionariedade administrativa, já que a vinculação dos entes, servidores e órgãos públicos aos direitos fundamentais contrapõe-se à vetusta ideia de um núcleo de conveniência e oportunidade administrativa intangível ao controle jurisdicional.

Com relação à vinculação específica da função legislativa, Pieroth e Schlink destacam como mais valiosa derivação a exigência de “reservas de lei proporcional”<sup>102</sup>. Segundo esses autores, tal noção representa uma evolução em relação à clássica “reserva legal”, que é um conceito restrito à verificação da necessidade de base legal apta a autorizar a limitação da liberdade particular<sup>103</sup>, visto que, no Estado de Direito, prevalece a regra da não intervenção estatal nas liberdades individuais, que apenas podem ser limitadas mediante atuação legislativa.

Nesse contexto, a “reserva legal” é uma ideia restrita à análise da necessidade de intervenção legislativa, sem uma preocupação com relação ao conteúdo daquilo produzido pela função legislativa<sup>104</sup>. As “reservas de lei proporcional”, por sua vez, representam uma evolução, pois, além de verificar a necessidade de ação legislativa, autorizam o controle sobre conteúdo de tal atividade, chegando a perquirir quanta liberdade pode ser retirada do particular nessa atuação legislativa<sup>105</sup>.

Por fim, duas consequências da vinculação legislativa ainda podem ser citadas. A primeira está relacionada à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, consistindo no dever de criar as leis indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais<sup>106</sup>. A segunda é a importante missão de realizar, com o auxílio dos Tribunais de Contas, a fiscalização dos

---

<sup>102</sup> “Ao preverem uma actuação administrativa de ingerência nos direitos fundamentais apenas numa base legal, os direitos fundamentais, com as suas reservas de lei, vinculam a Administração. No entanto, nos termos do art. 1º, nº. 3, os direitos fundamentais vinculam também a legislação. A questão consiste em saber o que significa esta vinculação. Até agora, os direitos fundamentais com as reservas de lei apenas exigiam que houvesse uma lei, ou seja, saber quando era suficiente uma qualquer base legal (reserva da lei) e quando era necessária uma base legal que tome as decisões essenciais (reserva de parlamento). Qual a forma que a lei deve ter e que conteúdos deve apresentar, quanta liberdade pode retirar ao particular e quanta lhe tem a deixar, são aspectos que a reserva de lei até o presente em aberto. Mas é precisamente nas exigências de conteúdo que se tem de revelar a vinculação do legislador aos direitos fundamentais”. *Idem. Ibidem.* P. 98.

<sup>103</sup> *Idem. Ibidem.* P. 79.

<sup>104</sup> *Idem. Ibidem.* P. 80.

<sup>105</sup> “Direitos fundamentais enquanto ‘reservas de lei proporcional’ significam que o produto legislativo que *a priori* tem a função constitucional de disciplinar o exercício dos direitos, deverá ser controlado no que tange ao seu conteúdo normativo. A lei passa a ser considerada a intervenção estatal (*Eingriff*) no exercício dos direitos e não mera “conformação” do Direito (*Ausgestaltung*). Tal intervenção pode restar ou não legitimada ou justificada constitucionalmente. Em suma, a justificação dependerá de sua proporcionalidade”. MARTINS, Leonardo. *Ibidem.* Pp. 96-97.

<sup>106</sup> “Outra consequência clara da vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais refere-se ao reconhecimento de que o legislador não só deve respeitar estritamente os limites estabelecidos pela Constituição, no caso da imposição de restrições a direitos, como também está compelido a editar as normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais, especialmente do direito de igualdade e daqueles direitos dotados de âmbito de proteção com conteúdo estritamente normativo (dever constitucional de legislar/omissão inconstitucional)”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem.* P. 119.

recursos públicos, devendo garantir que tais verbas sejam direcionadas às atividades vinculadas à efetivação dos direitos fundamentais (art. 70<sup>107</sup> e ss. da CF/88).

No pertinente à função jurisdicional, inicialmente, deve-se afirmar que ela possui o destacado papel de garantir um controle da vinculação das duas outras funções estatais, já que ela pode realizar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e o controle de constitucionalidade da legislação. Essa missão de controle, todavia, não se configura em um vínculo específico da função jurisdicional, tendo em conta que decorre da vinculação das outras duas funções, sendo, portanto, uma vinculação apenas indireta para o Judiciário. Além disso, dependerá de provocação, o que *a priori* retira o caráter objetivo dessa atuação.

Assim sendo, o vínculo específico da função jurisdicional está na necessidade de que os atos típicos de tal atividade sejam atados aos direitos fundamentais, funcionando assim como parâmetros para as decisões jurisdicionais<sup>108</sup>. Essa vinculação específica leva a uma pauta objetiva de conduta também para os membros do Judiciário, que devem *ex officio* proceder a um prévio exame de constitucionalidade do caso e das normas a ele aplicáveis, especificamente, no que tange à máxima efetividade dos direitos fundamentais, adotando decisões que mais se aproximem de tal desiderato.

Nesse sentido, nota-se que a vinculação aos direitos fundamentais implica em um aumento de controle também para o Judiciário, já que tais direitos se apresentam, assim como ocorre em relação ao Executivo e o Legislativo, como balizas limitadoras dessa função estatal, servindo assim como critérios de controle da racionalidade das decisões judiciais.

Esse vínculo específico da função jurisdicional ganha especial relevo nos processos de Macrojustiça, guardando assim relação com a eficácia processual da dimensão objetiva abaixo tratada. Não bastasse isso, como consequência de o conteúdo das decisões judiciais ter de ser compatível com os direitos fundamentais, surge a compreensão de que o Judiciário pode violar direitos fundamentais no exercício de sua atividade típica<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. P. 372.

<sup>109</sup> “Por isso, deduz-se do vínculo formal e material do Judiciário aos direitos fundamentais (e aqui se trata também de uma teoria e dogmática desenvolvidas pelo direito constitucional alemão, sobretudo na já supracitada decisão *Lüth*) que os órgãos jurisdicionais podem violar direitos fundamentais por sua atividade específica, qual seja, a interpretação e aplicação de normas jurídicas, independentemente da constitucionalidade abstrata dessas. A ideia é que o órgão jurisdicional, ao realizar a subsunção de norma infraconstitucional, pode violar dispositivos constitucionais durante o processo de interpretação, não podendo a hipótese de violação pelo

O reconhecimento de que o Judiciário pode lesionar direitos fundamentais em sua atividade fim é importante, pois se apresenta como mais um fundamento possível para a revisão de julgados. Além disso, tais lesões possuem a relevante característica de poderem ser reconhecidas de ofício pelas instâncias recursais, já que se trata de tema afeto ao controle de constitucionalidade.

### 3.1.3.2 A Eficácia Irradiante

A eficácia irradiante equivale à força jurídica capaz de modelar o ordenamento aos direitos fundamentais. Sob essa compreensão, por estarem na cúpula do sistema jurídico, os direitos fundamentais projetam-se sobre todo o conjunto normativo remanescente, impondo sua influência jurídica<sup>110</sup>.

Nesse passo, os direitos fundamentais estão no topo do edifício jurídico, espraiando “diretrizes e impulsos” (*Richtlinien und Impulse*<sup>111</sup>) sobre as demais espécies normativas, impondo sua força conformativa. Pode-se assim afirmar que os direitos fundamentais funcionam como um farol, cujo foco luminoso é a eficácia irradiante, guiando a produção, alteração e interpretação do direito infraconstitucional em direção ao destino constitucionalmente estabelecido.

Há vários registros dessa influência dos direitos fundamentais sobre as normas inferiores à Constituição, sendo possível citar o exemplo da equiparação de prole, realizada pelo art. 227, §6<sup>o</sup><sup>112</sup> da Constituição Federal de 1988, que expurgou do ordenamento jurídico brasileiro a nefasta discriminação entre os filhos considerados “legítimos” e aqueles tidos por

Judiciário restringir-se a aplicação por ele de norma inconstitucional já em abstrato”. Martins. Leonardo. *Ibidem*. P. 101.

<sup>110</sup> “O efeito de irradiação não se limita ao Judiciário - como poderia sugerir o caso Lüth -, mas afeta as três funções do Estado. Estende-se à aplicação e interpretação das normas de Direito Privado; criminal, administrativo, etc. pelo juiz, exigindo a conformação material das leis pelo Poder Legislativo, o que é em si tomado como conteúdo objetivo de valor dos direitos fundamentais, bem como a atuação executiva no âmbito das suas funções”. Livre tradução. No original: “El efecto de irradiación no se limita al poder judicial – como pudiera hacer pensar el caso Lüth – sino que más bien afecta a las tres funciones del Estado. Se extiende a la aplicación e interpretación de prescripciones del derecho privado; penal, administrativo, etc. Por parte del juez, a la conformación material de prescripciones de derecho por parte del legislador o normador, con lo que es as toman en si el contenido objetivo de valor de los derechos fundamentales, y a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Ibidem*. P. 111.

<sup>111</sup> DREIER, Horst. *Dimensione der Grundrechte: Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektive-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. Hannover: Hennes & Zinkeisen, 1993. P. 43.

<sup>112</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.



“ilegítimos” (adotivos, “incestuosos” e “adulterinos”), resultando na automática não recepção da Lei Nº. 883/49, da Lei Nº. 7.250/84 e do art. 355 e seguintes do Código Civil de 1916, visto que todos esses dispositivos relacionados conferiam tratamento jurídico à figura do filho “ilegítimo”.

Não bastasse a não recepção dessas normas contrárias ao direito fundamental à igualdade entre os filhos (art. 227, §6º da CF/88), a irradiação de tal direito fundamental ainda foi mais evidente na elaboração da Lei Nº. 10.406/02, o novo Código Civil, que, em todo seu extenso corpo legal, manteve ativa a preocupação de não reproduzir discriminações entre os filhos, guardando assim compatibilidade com o texto constitucional.

Além de modelar o ordenamento jurídico por meio da criação ou alteração de enunciados normativos infraconstitucionais compatíveis com os direitos fundamentais, o efeito irradiante manifesta-se também através da “interpretação conforme a Constituição”<sup>113</sup> ou, mais especificamente, da “interpretação conforme os direitos fundamentais”<sup>114</sup>, que é o método hermenêutico de, ante a existência de um texto normativo do qual pode ser extraído mais de um sentido, adotar aquele que guarda maior compatibilidade com os direitos fundamentais<sup>115</sup>.

A interpretação conforme a Constituição está consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser citado como exemplo de sua utilização o RE 363889<sup>116</sup> de 2011, da relatoria do Ministro Dias Toffoli. Esse caso versa sobre a

---

<sup>113</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 119.

<sup>114</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Ibidem*. P. 27.

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005. P. 270.

<sup>116</sup> “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos”. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011).

possibilidade do ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo já tendo ocorrido, em momento anterior, a propositura de outra ação com o mesmo objeto, julgada improcedente em razão de não ter sido possível determinar a efetiva existência de vínculo genético, posto que não fora realizado o exame de DNA, porque a parte autora era pobre, não tendo condições de custear o procedimento.

Não obstante isso, os exemplos acima apresentados demonstram o influxo exercido pelos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico, seja na criação, alteração, aplicação ou interpretação dos dispositivos infraconstitucionais, sendo tais aspectos caracterizadores da eficácia irradiante, destacando-se também o fato de esse “efeito cascata” revelar-se, como observa Horst Dreier, com especial “força explosiva” na área do Direito Privado<sup>117</sup>.

No particular, a constitucionalização do Direito Privado faz com que as relações tipicamente analisadas por este ramo jurídico também sejam afetadas, ou seja, as relações entre particulares também passam a ser regradas sob um prisma constitucional, surgindo, nesse contexto, a chamada “aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, igualmente conhecida como “eficácia privada”, “eficácia horizontal”<sup>118</sup> ou “efeito entre terceiros” (*Drittwirkung*)<sup>119</sup>.

### 3.1.3.3. A Eficácia Processual

Um ponto destacado da dimensão objetiva até aqui é o de ela prescindir de provocação individual para se manifestar, ou seja, essa perspectiva dispensa um indivíduo titular de direitos a demandar a incidência de seus efeitos jurídicos. Essa desnecessidade de um cidadão titular de direitos demandando os efeitos dessa perspectiva jurídica é decisiva para sua caracterização como uma função objetiva, bem como se coaduna com seu papel de vinculação estatal prévia, o que significa que o Estado está obrigado a manter uma conduta vigilante e ativa na proteção dos direitos fundamentais. Tal defesa estatal prévia dos direitos

---

<sup>117</sup> DREIER, Horst. *Ibidem*. P. 43.

<sup>118</sup> “Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, melhor dizendo, em um ‘sistema de valores’ a orientar toda ação pública e privada. É o que se pode chamar eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. MARMELSTEIN, George. *Ibidem*. P. 344.

<sup>119</sup> “Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung*, se preferirmos a expressão paradigmática oriunda da doutrina alemã”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 157.

fundamentais depende, portanto, de processos objetivos de tutela, isto é, ferramentas de defesa independentes de provocação individual.

Desse modo, os mecanismos estatais processuais e participativos objetivos de tutela dos direitos fundamentais se enquadram na aqui chamada eficácia processual da dimensão objetiva. No particular, essa terceira eficácia revela o fortalecimento de uma perspectiva processual dos direitos fundamentais, identificada na literatura jurídica em categorias como “organização e procedimento”<sup>120</sup> e “desempenho e participação”<sup>121</sup> dos direitos fundamentais.

A eficácia processual guarda relação com a eficácia vinculante da dimensão objetiva, já que impõe determinadas obrigações para as funções estatais. Nada obstante tal conexão, a eficácia processual ganha autonomia entre os desdobramentos da perspectiva objetiva em razão de seu específico caráter de tutela processual pública ou privada. Em outros termos, pode-se afirmar que a eficácia processual participativa consiste em uma obrigação de as funções estatais de desenvolverem procedimentos de tutela de direitos fundamentais para a defesa em face de agressões públicas ou privadas, sendo tais mecanismos processuais primordialmente participativos, o que, inclusive, deve repercutir até mesmo na decisão jurisdicional, como será visto mais adiante.

A eficácia processual trata de uma vinculação específica das funções estatais, direcionada à defesa prévia dos direitos fundamentais através de ferramentas processuais, sendo esse o motivo de apartar-se como eficácia autônoma da dimensão objetiva. Destaca-se ainda o fato de tal defesa de direitos ser direcionada tanto em face de atos públicos quanto privados, fazendo com que não possa ser uma manifestação estrita dos deveres estatais de tutela (*Schutzpflichten*), já que estes são direcionados à tutela dos direitos fundamentais em face apenas de atos de particulares.

---

<sup>120</sup> “Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar – como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorga aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para procedimento. (...) Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. P. 150.

<sup>121</sup> “A protecção dos direitos fundamentais é de participação para o particular, sempre que o estado tenha criado instituições ou sistemas de fomento e de prestação que simplificam ou em primeiro lugar tornam possível o exercício de direitos fundamentais. Em questões de participação aplicam-se, sobretudo, o art. 3º: o que o particular requer é, normalmente, a repartição igual de direitos com igualdade de oportunidade e com equidade em função da qualificação. O direito à participação igual torna-se, assim, muitas vezes em direito procedimental: no caso de haver vários interessados, a atribuição de oportunidades iguais e a avaliação e consideração justa de qualificações pode ter lugar num só procedimento; este procedimento tem de ser leal e, no caso de importância bastante, tem de ser regulado por norma jurídica; as posições do particular têm de estar salvaguardadas no procedimento”. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Ibidem*. Pp. 28-29.

A eficácia processual é assim uma consequência lógica da própria perspectiva jurídico-objetiva, já que a ideia de direitos fundamentais irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico, constitucionalizando o Direito, afetando relações particulares e vinculando as funções estatais, não pode depender apenas da demanda dos titulares de tais direitos, exigindo uma lógica de proteção diferenciada em relação à perspectiva subjetiva clássica.

Essa exigência de proteção diferenciada é compatível com o próprio contexto atual, marcado pelo avanço da tecnologia e pela possibilidade de os direitos fundamentais serem impactados em larga escala, o que reclama respostas capazes de defender tais direitos também em grande medida, algo inerente à Macrojustiça. Por sua vez, essa defesa diferenciada dos direitos fundamentais não pode depender somente de interesses individuais, o que explica a necessidade de processos objetivos de defesa dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, a eficácia processual participativa se manifesta em todas as formas de processo (judicial, legislativo ou administrativo) em que se possam tutelar direitos fundamentais de forma objetiva. Podem ser citados como desdobramentos desta Eficácia o já consagrado controle abstrato de constitucionalidade das normas<sup>122</sup>, as garantias fundamentais instrumentais de caráter objetivo (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo *etc.*), a objetivação de processos tradicionalmente subjetivos e a abertura dos processos estatais à participação pública.

As manifestações da eficácia processual se agregam às clássicas formas de defesa subjetiva dos direitos fundamentais, não implicando em substituição, mas em acréscimo de elementos de defesa. Logo, nota-se que a eficácia processual gera um aumento de proteção para os direitos fundamentais, colocando em prática a noção de “mais-valia” jurídica da dimensão objetiva em relação à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais nos termos formulados por Vieira de Andrade<sup>123</sup>.

Ante o exposto, a eficácia processual pode ser apresentada algumas ramificações principais: a objetivação dos processos de tutela dos direitos fundamentais, a abertura dos processos estatais de tutela dos direitos fundamentais à participação pública e uma própria obrigação de as decisões jurisdicionais dialogarem com esse processo objetivado.

### ***3.1.4 Eficácia Processual Participativa, a Macrojustiça e a Decisão Judicial***

---

<sup>122</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 119.

<sup>123</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ibidem*. P. 142.

Resta nítido que as eficácias da dimensão objetiva provocam, direta ou indiretamente, repercussões no campo da Macrojustiça, já que é nesta seara que ocorrem as grandes discussões sobre a tutela da Constituição e, por via de consequência, dos direitos fundamentais. Desse modo, as alterações produzidas pela dimensão objetiva acabam, inexoravelmente, influenciando juízes e tribunais na operacionalização dos direitos fundamentais.

Não obstante o reconhecimento de que todas as eficácias da dimensão objetiva acabam por afetar a Macrojustiça, aqui, será dada especial ênfase a sua relação com a Eficácia Processual, já que esta é capaz de gerar um vínculo específico de controle da abertura inerente a essa escala de grandes problemas político-econômico-sociais, mormente, porque isso afeta o próprio processo decisório, gerando maior controle de tal aspecto, o que ficará mais claro com o desenvolvimento do tema logo abaixo.

A eficácia processual pode ser encontrada em vários segmentos dos processos públicos de decisão, um espaço em que ela se manifesta de forma clara e cujos efeitos são mais conhecidos é no controle abstrato de constitucionalidade da Jurisdição Constitucional (campo fértil para casos de Macrojustiça). Vale lembrar que esse controle, como é pacífico na doutrina, se dá por meio de um *processo objetivo* (não por acaso o nome), que tem por características: a) não tutelam direitos subjetivos, apenas se podendo fazer referência a partes em sentido formal<sup>124</sup>; b) possuem amplo rol de legitimados ativos, todos com significativa representação social (art. 103 da Constituição Federal de 1988), revelando a transcendência aos meros interesses subjetivos; c) possuem causa de pedir aberta, não vinculando o Supremo Tribunal Federal, que pode declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos apresentados na inicial; d) não admitem desistência (art. 5º da Lei Nº. 9868/99); e) não admitem arguição de suspeição ou impedimento; f) não admitem intervenção de terceiros (art. 7º da Lei Nº. 9868/99).

Não bastassem tais elementos, certas mudanças jurisprudenciais ainda reforçaram o caráter objetivo do controle abstrato, podendo ser citada a decisão que passou a considerar que a perda da representação parlamentar não mais conduz à extinção processual por superveniente perda de legitimação ativa (ADI 2054-QO<sup>125</sup>, Min. Ilmar Galvão),

---

<sup>124</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. P. 136.

<sup>125</sup> “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa dos partidos políticos representados no Congresso Nacional: perda intercorrente da representação parlamentar que precedentes do STF tem entendido redundar no prejuízo da ação: orientação, de qualquer sorte, inaplicável à hipótese em que a extinção da bancada do partido é posterior ao início do julgamento da ação direta”. ADI 2054 QO / DF. Distrito Federal. Data: 20/03/2003

demonstrando que o processo, ao ser iniciado, deixa de dizer respeito apenas ao legitimado, passando a ser relevante para toda a coletividade.

Quanto às recentes alterações na sistemática de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais decorrentes da eficácia processual, pode-se afirmar que tais mudanças acabam sendo uma consequência lógica da própria perspectiva jurídico-objetiva, já que a ideia de direitos fundamentais ativos e efetivos, independentemente do interesse de seus titulares, irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico, constitucionalizando o Direito, vinculando os particulares e até mesmo as funções estatais, acaba por exigir uma modificação nos instrumentos e na lógica de proteção jurisdicional dessas normas jusfundamentais.

Os mecanismos clássicos de defesa dos direitos fundamentais, como as garantias constitucionais instrumentais (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção etc.) – ao menos em suas formas de manifestações individuais – não conseguem sozinhos defender os direitos fundamentais das ameaças de larga escala que existem hodiernamente. No mundo atual, com o avanço da tecnologia e da capacidade de contato com a grande massa, também as ameaças aos direitos fundamentais ganharam ampla repercussão.

Exemplificativamente, pode-se trabalhar novamente – já citado no primeiro capítulo - do ENEM. Imagine-se uma postura contrária à isonomia realizada pelo Executivo Federal na realização das provas para o ingresso nas Universidades do país, prejudicando um incontável número de candidatos espalhados todo o Brasil. No caso do ENEM, no âmbito global e do ponto de vista da atuação do próprio Judiciário, torna-se praticamente inútil o manejo de um mandado de segurança individual, por exemplo, já que os efeitos do ato lesivo praticado pelo Estado provocaram consequências de larga escala, que precisavam ser repelidos de modo uniforme, para que todos os afetados fossem beneficiados.

Nesse contexto, nota-se que, além das tradicionais garantias dos direitos fundamentais, baseadas em uma lógica subjetiva, surge a necessidade de mecanismos adicionais de proteção aos direitos fundamentais, que sejam capazes de atuar, objetivamente, assegurando a manutenção do *status* constitucional à coletividade.

Tais mecanismos adicionais, no entanto, não implicam um abandono das garantias clássicas dos direitos fundamentais, na verdade, na maioria dos casos, tais desdobramentos da eficácia processual trabalham integrados com tais garantias tradicionais, fazendo com que estas transbordem o mero caráter individual-subjetivo, passando a funcionar de modo objetivo. Nesse sentido, a eficácia processual coloca em prática a noção de “mais-valia”

jurídica da dimensão objetiva em relação à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais formulada por Vieira de Andrade<sup>126</sup>.

Essas garantias adicionais (manifestações recentes da eficácia objetiva) já vêm sendo há um tempo amadurecidas em cenário jurisprudencial e até mesmo legislativo, como já citado acima e podendo ser aqui ilustrativamente condensadas: o reforço do caráter objetivo do controle concentrado de constitucionalidade; o flerte do STF com a objetivação do controle difuso de constitucionalidade; a permissão das formas coletivas dos remédios constitucionais, mesmo sem previsão normativa para isso, por exemplo, do mandado de injunção (admitido jurisprudencialmente antes de a Lei nº. 13.300/16 passar a reconhecer) e do habeas corpus (reconhecido em 20/02/2018 pelo STF no HC 143641<sup>127</sup>); criação da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral na Emenda Constitucional Nº. 45; e, recentemente, por meio, da criação de vários institutos com nítida feição objetiva no bojo do novo Código de Processo Civil de 2015. Tudo a ser melhor detalhado no capítulo seguinte.

Não bastasse isso, há uma ramificação da eficácia processual ainda menos explorada que é uma obrigação de as decisões jurisdicionais dialogarem com os próprios processos públicos objetivados, ou seja, à medida em que os processos de tutela jurisdicional de direitos fundamentais (muito importantes no contexto da Macrojustiça) vão sendo objetivados, por consequência lógica e inquebrantável, as decisões jurisdicionais deles decorrentes devem necessariamente dialogar com esses processos, enfrentando diretamente os temas neles desenvolvidos.

É desse modo que a objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais proporciona uma complementação aos métodos hermenêuticos já conhecidos e gera uma maior margem de controle intersubjetivo das decisões judiciais. Neste particular, principalmente, pelo fato de criar ferramentas de participação pública na atuação do Judiciário, aumentando a carga democrática e a legitimidade dos julgados.

Assim é que se torna primaz não somente a percepção de que já está em curso, mas também um estímulo à ampliação da objetivação dos processos de tutela dos direitos

---

<sup>126</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ibidem*. P. 142.

<sup>127</sup> Ementa: Habeas Corpus Coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do Habeas Corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. Adpf 347 mc/df. Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das nações unidas. Regras de Bangkok. Estatuto da primeira infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de officio.

fundamentais, posto que suas técnicas e sua natural vinculação com a decisão judicial permitem um controle intersubjetivo e democrático desse momento decisório, o que é extremamente relevante em um cenário de Macrojustiça, em que a relevância dos temas – *por si só* – esvazia a juridicidade e aumenta a politização dos temas, o que pode ser controlado por meio da objetivação no momento decisório.

Nesse passo, não basta a objetivação em casos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade (o que já é tranquilo no STF, como visto), mas, reconhecendo-se uma Macrojustiça inerente aos mais diversos níveis judiciais e transversal a várias matérias e temas imbrincados com os direitos fundamentais, passa a ser necessária uma grande ampliação da objetivação de processos judiciais.

Na seara processual civil, a superação de certos procedimentos processuais inspirados em pressupostos clássicos, tais como o individualismo e o formalismo, é urgente. Isso não significa um abandono total das fórmulas tradicionais do processo, mas um aperfeiçoamento de seus mecanismos, de modo a que eles digam respeito não só às partes litigantes, mas a toda a sociedade ou, pelo menos, deixem margens para essa ampliação, quando for o caso.

Com efeito, a referida objetivação dos procedimentos processuais civis não implica uma supressão da capacidade de defesa dos direitos subjetivos, mas a possibilidade de que, em determinados casos de repercussão coletiva, os interesses individuais possam ser julgados levando-se em consideração a sua importância social e fazendo com que, em razão disso, os efeitos desse julgamento também transcendam a relação das partes envolvidas.

A objetivação também pode influenciar processos civis de caráter individual através da objetivação dos procedimentos independente de provocação pelas partes, tal como já tentou fazer o novo Código de Processo Civil por meio do Incidente de Coletivização de Demandas, infelizmente, vetado pelo então Presidente da República como se verá no último capítulo. Neste ponto, obviamente, não se está a defender uma capacidade ampla de o juiz atuar arbitrariamente dando início a processos civis. Trata-se aqui do resgate do vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais, possibilitando ao magistrado buscar a efetividade de direitos fundamentais na relação jurídica sob litígio mesmo sem terem as partes demandado em tal sentido.

Um exemplo da capacidade de atuação do magistrado independentemente da provocação das partes ocorre na execução, em que o juiz, conforme sustenta Marcelo



Guerra<sup>128</sup>, tem o dever-poder de adotar todos os meios executivos que se revelem necessários e lícitos para buscar a efetividade da prestação jurisdicional.

Nesses termos, ressalta-se a citada objetivação dos procedimentos do processo civil, pois o fato de o juiz poder manejar meios executivos sem necessitar de provocação da parte, revela que há um interesse não simplesmente particular na efetividade daquele processo. Tal interesse objetivo decorre do fato de naquele determinado processo haver um direito fundamental em risco, exigindo uma execução exitosa.

Ademais, retornando à obrigação de as decisões jurisdicionais dialogarem com os próprios processos públicos objetivados, isso proporciona uma complementação aos métodos hermenêuticos já conhecidos, principalmente, pelo fato de as decisões jurisdicionais deles decorrentes terem de necessariamente dialogar com esses processos, enfrentando diretamente os temas neles desenvolvidos e por criar ferramentas de participação pública na atuação do Judiciário, aumentando a carga democrática e a legitimidade dos julgados.

Para a correta compreensão disso, ineludivelmente, é necessário transcender uma racionalidade de conteúdos para uma racionalidade procedimental<sup>129</sup> e de uma razão puramente subjetiva para uma razão pragmático-procedimental.

### **3.2 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e a diminuição da margem de arbítrio da interpretação por meio de uma razão procedimental**

A análise da objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e a obrigação de as decisões jurisdicionais dialogarem com os próprios processos objetivados perpassa pelo controverso debate entre substancialistas e procedimentalistas inerente à atual teoria da decisão judicial.

Os substancialistas defendem a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera política, moral e social, enquanto os procedimentalistas veem que uma atuação desregada do Judiciário nessas questões ofende diretamente a estrutura democrática. O procedimentalismo defende exatamente que questões de tais naturezas devem ser discutidas por meio de processos plurais e participativos. O procedimentalismo sustenta que o Judiciário deve estabelecer regras das disputas públicas, garantindo a participação de todos os possíveis

---

<sup>128</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 102.

<sup>129</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 35.

interessados e não tomando as decisões morais e políticas da sociedade por conta própria e de modo isolado.

Habermas, um dos expoentes do procedimentalismo, deixa clara sua manifestação contrária à legitimidade de decisões judiciais baseadas em valores, moral e política, já que tais decisões podem dar guarida ao subjetivismo e ao voluntarismo, tudo sob um manto de aparente racionalidade<sup>130</sup>. Em oposição à corrente substancialista, Habermas assevera que a legitimidade do Direito deve ser buscada no processo legislativo<sup>131</sup>, sendo este o espaço de integração social por excelência<sup>132</sup>, por meio de direitos de comunicação e de participação política intrínsecos a esse procedimento<sup>133</sup>.

O procedimentalismo (assim como também o substancialismo, frise-se, desde já) possui diversas correntes e não apenas a habermasiana. Outras linhas procedimentalistas, por exemplo, acreditam – como será visto mais adiante – ser possível criar uma legitimação do Judiciário pelo procedimento, para além de se acreditar que é possível tecer uma teoria da decisão ideal quanto ao conteúdo (tese esta central ao substancialismo) e estabelecendo balizas à sua atuação.

No outro lado, estão autores substancialistas como Cappelletti e Dworkin, que sustentam que o Judiciário, por meio do Direito, pode alcançar as melhores decisões possíveis, inclusive, interferindo em matérias políticas e morais.

Dworkin, possivelmente o maior nome do substancialismo, por exemplo, entende “que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões

---

<sup>130</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Pp. 366-377.

<sup>131</sup> Segundo Habermas, o Tribunal Constitucional reveste suas decisões de legitimidade ao realizar o controle do processo legislativo, verificando se nesse processo houve o respeito aos pressupostos comunicativos e à participação política democrática.

<sup>132</sup> Esse entendimento é corroborado por MOREIRA, Luis. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. P. 141.

<sup>133</sup> “Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda que a alemã”. HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. P. 325 e ss.

substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração”<sup>134</sup>. Nota-se do excerto que, para os substancialistas, o Judiciário possui plenas condições de concretizar direitos fundamentais por meio de um esforço hermenêutico de base lógico-racional e assim alcançar as “melhores respostas” para os casos sob análise.

Em que pese existam diferentes vertentes de substancialistas, a metáfora que torna clara a concepção de que o Judiciário é capaz de chegar a respostas ideais segue sendo a do *Juiz Hércules* de Dworkin, o arquétipo do julgador ideal, capaz de “desenvolver teorias” referindo-se à “filosofia política” e “pormenores institucionais”, capaz de “gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testa-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla”<sup>135</sup>, ou seja, o juiz capaz de sozinho analisar *todos os fatores possíveis da controvérsia, bem como avaliar todas as possibilidades viáveis de julgamento e chegar à melhor decisão possível*.

No Brasil, há vários adeptos das teses substancialistas (não necessariamente em todos os aspectos descritos acima), podendo ser citado com grande destaque Lenio Luiz Streck, que afirma expressamente que “o modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social”<sup>136</sup>. Arrematando o autor: “é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de relevância, mormente no que pertine (sic) à jurisdição constitucional*”<sup>137</sup>.

As teses substancialistas, por vezes, conferem um papel moral ao juiz<sup>138</sup>, exigindo deste um compromisso político com tal aspecto, mas também o atam a ideais de integridade e equidade. A integridade estaria na fundamentação estar ajustada à lei e coerente com o sistema normativo<sup>139</sup> e a equidade estaria na autoimposição de um limite à convicção pessoal e à opinião pública, fazendo com que a decisão guarde alguma relação com processo legislativo que originou a lei aplicável ao caso.

Muito já se debateu entre procedimentalistas e substancialistas. Estes, basicamente, acusam aqueles de, ao adotarem propostas de “métodos” para os agentes

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 256.

<sup>135</sup> *Idem*. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. P. 168.

<sup>136</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 164.

<sup>137</sup> *Idem*. *Ibidem*.

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. P. 115.

<sup>139</sup> *Idem*. *Ibidem*. P. 250.

jurídicos de interpretação normativa, acabariam por fazer uma diferença ontológica entre a substancialidade da norma e sua aplicação, o que seria faticamente impossível, visto a substancia da norma surge simultaneamente em seu processo de interpretação em cotejo com a realidade, logo, um método para interpretar seria incompatível com o próprio conceito de interpretação<sup>140</sup>.

Em sentido contrário, pode-se afirmar que não necessariamente o estabelecimento de métodos/procedimentos subtraia do processo interpretativo a sua intrínseca apreensão de substancia. Pelo contrário, o estabelecimento de um procedimento a ser enfrentado pelo intérprete, *ao revés*, gera mais e (a depender da proposta procedimental) elementos a serem apreendidos, com a diferença qualitativa, todavia, de estabelecer certas premissas – pontos de partida – que necessariamente têm de ser enfrentados pelo hermenêuta.

Isso pode ser observado, por exemplo, na noção de legitimação pelo procedimento de Luhmann. Para este autor, o objetivo dos procedimentos juridicamente organizados é tornar intersubjetivamente transmissível a redução das complexidades sociais das sociedades desenvolvidas, gerando assim noções possíveis de “verdade” (compreendida como algo produzido sociologicamente e não como algo ideal nos termos da compreensão filosófica clássica), fundando um poder legítimo, ou seja, minimamente respeitável<sup>141</sup>.

Desse modo, a ideia de legitimação pelo procedimento não se confunde com a mera pretensão de justificação de decisões por meio de um simples processo judicial. “Trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa”<sup>142</sup>. Em outras palavras, nota-se em Luhmann que, longe de o procedimento em si ser o suficiente para se considerar o seu resultado como legítimo, ele é visto como uma espécie de sistema social formado por uma conexão de ações, aberta e em parte autodirigida, capaz de gerar o debate social possível (em um universo social complexo). Com efeito, graças a essas balizas mínimas pode-se aferir a legitimidade da decisão final.

Logo, a defesa de um procedimento de decisão não significa necessariamente o aniquilamento de um debate substantivo no interior de tal procedimento, sequer amputa a capacidade do intérprete de apreender sentidos substantivos dos textos normativos. Por outro lado, impõe a esse interprete-aplicador que realize o processo hermenêutico tendo que

---

<sup>140</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Ibidem*. Pp. 171 e 172.

<sup>141</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. P. 27.

<sup>142</sup> *Idem*. *Ibidem*. P. 35.

necessariamente ultrapassar determinadas fases para que assim se possa aferir se ele conseguiu garantir um diálogo racional-procedimental com os fundamentos teóricos, políticos e sociais inerentes ao caso *sub oculis*, bem como garantindo uma margem de controle à decisão jurisdicional. Nota-se assim, portanto, que a legitimação pelo procedimento em Luhmann – até em termos bem diversos do que sustenta Habermas – possibilita a passagem de uma racionalidade dedutiva-formal-abstrata para uma racionalidade procedimental evidentemente mais apta a ser controlada intersubjetivamente.

Nesses termos, a tese aqui sustentada da objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais, com base nas premissas luhmannianas para uma legitimação pelo procedimento, leva, como será visto no capítulo seguinte, à defesa de que há procedimentos mínimos, ou seja, uma sequência mínima de atos predeterminados que é necessária à tutela de direitos fundamentais em um cenário de Macrojustiça; e que esses atos processuais mínimos devem necessariamente ser debatidos nas decisões jurisdicionais resultantes desses processos, o que revela um caráter procedimentalista da proposta.

Repisa-se que a defesa de um procedimento objetivado de condução e decisão de direitos fundamentais não significa necessariamente a ablação de discussões hermenêuticas substanciais, mas, certamente, por estabelecer padrões mínimos a serem enfrentados pelo julgador, bem como por aqueles que estão atuando ativamente no processo, diminui a margem de possibilidade de redução do julgamento às convicções pessoais de quem julga, ferindo as noções de integridade e equidade – caras até mesmo aos substancialistas – mas que, frequentemente, são obliteradas pelo agir hermenêutico substancialista, posto que é tentador e comum a confusão pelo intérprete de seus interesses pessoais e sua visão de mundo com os interesses sociais, ou seja, sem balizas mínimas de aferição, tornando o intérprete facilmente capturável pelo solipsismo.

Nesse diapasão, tendo por fundamento teórico-normativo a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e por fundamento filosófico a racionalidade procedimental de Niklas Luhmann, apresenta-se aqui a objetivação de processos de tutela e o seu necessário enfrentamento nas decisões judiciais como uma ferramenta de redução do arbítrio nas decisões de Macrojustiça, espaço em que essa objetivação se torna ainda mais necessária, já que naturalmente há um maior afrouxamento dos marcos jurídicos em detrimento dos interesses políticos e extrajurídicos em geral.

### **3.3 A objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e a complementação aos métodos de trabalho da Nova Hermenêutica Constitucional**

Derradeiramente, vale pontuar que a objetivação, nos termos aqui propostos, não visa a substituir os métodos de trabalho da Nova Hermenêutica Constitucional voltados aos direitos fundamentais. Ao contrário! A objetivação almeja somar esforços com esses modelos teóricos.

Os métodos de interpretação constitucional derivam essencialmente das perspectivas inovadoras trazidas pela contemporânea Teoria do Direito, inclusive, como aponta Bonavides, da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui já tratada<sup>143</sup>, mas, em especial, dado o reconhecimento de que é necessária uma nova e mais robusta abordagem hermenêutica do texto constitucional, o que se justifica pela superioridade hierárquica e pelo caráter político de suas normas<sup>144</sup>.

Esses novos métodos buscam assim criar ferramentas específicas destinadas a concretizar as normas constitucionais e capazes de trabalhar com o fenômeno jurídico inerente aos dias atuais. Ainda segundo Bonavides, a corrente científico-espiritual de Rudolf Smend e a tópica de Theodor Viehweg compõem as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição, surgindo da crítica ao direito positivo<sup>145</sup>.

A análise de Smend parte do pressuposto de ser a Constituição um ordenamento em cujo seio transcorre a realidade vivencial do Estado, o seu processo de integração, compondo um conjunto de distintos fatores integrativos e com distintos graus de legitimidade. Nesse sentido, esses fatores integrativos encontram ênfase, mormente, nos valores da sociedade presentes na Constituição<sup>146</sup>. Assim, resumidamente, pode-se dizer que, para Smend, a Constituição é verdadeiro sistema de valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa.

---

<sup>143</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 584.

<sup>144</sup> “Dois aspectos de capital importância assomam de imediato à reflexão do interprete em se tratando de normas constitucionais (...) Em primeiro lugar, elas são de superior categoria hierárquica em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal). (...) Em segundo lugar – e este é outro aspecto que nos vem à reflexão – a norma constitucional é de natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício das atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la. *Idem. Ibidem*. Pp. 419 e 420.

<sup>145</sup> *Idem. Ibidem*. P. 454.

<sup>146</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985. P. 87.

O método científico-espiritual estabelece que a análise da norma constitucional não se fixa na literalidade do texto, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição. Nesses termos, o Estado e a Constituição são enxergados como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores. A partir desse método, o intérprete, de fato, orienta-se *axiologicamente* a partir dos enunciados constitucionais, buscando integrá-los em um sistema coeso, de alta carga valorativa.

Além dos valores, levam-se em conta também outros fatores, como a realidade social e cultural do povo, exigindo-se uma interpretação elástica (e não literal) do texto constitucional, alçando a Constituição a instrumento de integração e solução de conflitos em busca da construção e da preservação da unidade social.

Nota-se a patente crítica ao pensamento positivista anterior que era asséptico a valores, preocupações sociológicas ou filosóficas<sup>147</sup>. Esse novo meio de interpretação amolda assim a Constituição às realidades sociais vivas, emanando, daí, uma teoria material da Constituição, tornando-se inoxidáveis os chamados fatores extra constitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos.

A forma de pensar de Smend abriu caminho, portanto, para que o extrajurídico - como valores, fatos sociais e filosofia constitucional - voltasse a ser objeto da discussão do Direito, mesmo que sobre tais temas parem inúmeras dúvidas. Com lastro no pensamento científico-espiritual, surgirão, na sequência, algumas das mais importantes teorias do Direito contemporâneo, como a leitura pós-positivista de norma de Robert Alexy, que prima, justamente, pela retomada dos valores ao Direito por meio dos princípios, como visto no primeiro capítulo, demonstrando o papel ancestral do método científico espiritual para a atual interpretação constitucional.

Já a tópica, como ensina Bonavides, consiste em uma técnica de investigação de premissas, uma teoria da natureza de tais pressupostos, bem como de seu emprego na fundamentação do Direito, além de ser uma teoria de argumentação jurídica focada em resolver os problemas, partindo do caso concreto, com o objetivo de criar "compreensões

---

<sup>147</sup> “E como a realidade da comunidade estatal significa, segundo Smend, realização de valor – segundo a identificação smendiana entre legalidade do valor e da norma como realidade determinante de uma legalidade social e, em particular, estatal – só pode ser realização de normas: de quais outras normas senão das normas jurídicas a comunidade estatal pode ser a realização? Dado que a comunidade jurídica justamente enquanto comunidade, estrutura social, não pode carecer de ‘realidade’, qual outro princípio senão o da ‘integração’ poderia constituir a base dessa realidade social, uma vez que Smend postulou a integração como princípio de uma realidade social? Como pode ser possível contrapor não apenas a administração, mas também o Estado (que seria identificado com a integração) ao direito quando o próprio Smend – mesmo que em outro contexto – fala de ‘direito do Estado’ e associa a este também o ‘direito administrativo’, classificando tanto o direito estatal quanto o direito administrativo como ‘complexos de normas’?”. KELSEN, Hans. *O Estado como integração*. Tradução: Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 83.

prévias" (*Vorverständnis*) para solver as questões controvertidas<sup>148</sup>. De modo objetivo, pode-se dizer que o método tópico orienta ao intérprete a partir do problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretos<sup>149</sup>.

A tópica contrapõe-se assim ao positivismo purista que parte de uma lógica dedutivista em uma vã ilusão de que, por meio de pensamentos abstratos, poder-se-iam criar soluções *a priori* para quaisquer problemas jurídicos. Desse modo, ao partir dos problemas concretos, a tópica abre margem para uma teoria do direito pautada na realidade.

No campo constitucional, a importância da tópica é decisiva à medida em que produz uma reorientação da doutrina para além do mero formalismo lógico-dedutivo. De outro lado, a tópica gera uma série de preocupações metodológicas para o intérprete, pois, ao passo em que torna lícita a tarefa do hermenêuta de partir do "problema", por outro lado, parece não traçar limites à sua criatividade. Partindo dessa preocupação é que surgirão, na sequência, uma série de outras correntes metodológicas, propondo novos métodos hermenêuticos constitucionais a partir do pensamento do problema.

Destacam-se, por exemplo, como frutos do pensar tópico os métodos de interpretação constitucional de Konrad Hesse e Friedrich Müller, caracterizados justamente por serem métodos concretistas de inspiração tópica (nota-se aqui as sementes das concepções tanto de Smend como de Viehweg).

Nessa linha, o método hermenêutico-concretizador de Hesse tem como pressupostos: as pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressuposto subjetivo); a atuação do intérprete como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como pano de fundo a realidade social (pressuposto objetivo); por fim, o movimento dialético entre os critérios objetivos e subjetivos (círculo hermenêutico). Nota-se assim que tal método parte do caso concreto e da pré-compreensão do intérprete (noções típicas da tópica), mas busca a concretização da norma e não apenas sua interpretação, traçando limites com base na noção histórica, no texto e no contexto da norma.

O método hermenêutico-concretizador busca, portanto, orientar o intérprete a uma análise constitucional lastreada na realidade a fim de mediar o processo dialético entre a norma constitucional e o problema. A ideia é justamente ir lapidando, aperfeiçoando, a norma

---

<sup>148</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 454.

<sup>149</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Topik und Jurisprudenz - Ein Beitrag rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, da Prof.ª. Kelly Susane Afllen Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 33.



constitucional, a fim de que essa possa prevalecer. Busca, na realidade, concretizá-la em face dos choques entre valores, conflitos sociais e políticos, e não a subordinar a esses últimos.

Já o método normativo-estruturante de Friedrich Müller reconhece a inexistência de identidade entre norma jurídica e texto normativo. A norma só é obtida após o processo interpretativo. Ela não será concretizada apenas pela atividade do legislador, mas também, pela atividade do Judiciário, da administração, do governo etc. Defende uma ruptura total entre o texto da Constituição e a norma em si, tratando esta como o resultado de concretização da norma à luz dos fatos sobre o qual ela almeja regular (âmbito material) e as finalidades da própria norma (programa normativo)<sup>150</sup>.

Os presentes métodos possuem grande relevância em matéria de Hermenêutica Constitucional, dada a manifesta insuficiência dos cânones clássicos de interpretação para o Direito Constitucional. Ainda assim esses métodos relevam-se insuficientes e com grandes déficits normativos em sua aplicação. Como pondera Bonavides, “a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo a consciência jurídica da Constituição normativa”<sup>151</sup>. Não bastasse isso, continua o autor: “Muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desses métodos, uma volta pura e simples a uma interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários (...)”<sup>152</sup>.

Essa crítica não poderia ser mais pertinente ao cenário da Macrojustiça, em que as repercussões sociais, por si sós, potencializam o caráter político da demanda afetando o intérprete e maximizando a carga política em detrimento do jurídico. No contexto da Macrojustiça, a adoção de premissas substancialistas de decisão com a utilização de ferramentas de trabalho dos métodos da Hermenêutica especificamente constitucional revela-se como o ambiente mais do que adequado para o decisionismo, voluntarismo e arbítrio do julgador e é justamente este o estágio brasileiro médio de decisão sobre direitos fundamentais.

---

<sup>150</sup> “A norma jurídica é entendida, por conseguinte, como modelo de ordenamento marcado por sua matéria, como projeto vinculante de um ordenamento parcial dentro de uma comunidade jurídica, projeto que o preceito jurídico espelha mais ou menos acertadamente por meio da linguagem, em que aquele que ordena e o ordenamento se pertencem mutuamente e se completam com frequência na realização prática do direito. No processo de realização do direito resulta que a norma é o modelo vinculante de um ordenamento parcial marcado por sua matéria, mas não por ela absorvido pelos fatos materiais. As distinções estabelecidas, por exemplo, entre âmbito normativo e programa normativo, entre partes do âmbito normativo criadas ou não criadas pelo direito, são reduções conceituais para o ponto de vista aqui desenvolvido”. MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 30.

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. Pp. 441 e 442.

<sup>152</sup> *Idem*. *Ibidem*.

A Nova Hermenêutica Constitucional e, destacadamente, a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais, dessa maneira, apresentam grandes desafios, principalmente, no que tange à carência de métodos e procedimentos de trabalho capazes de oferecer respostas equilibradas e controláveis aos conflitos envolvendo tais direitos. Essa privação metodológica agrava-se ante o alto nível de abertura semântica, carga axiológica, grau hierárquico de tais normas no panorama da Macrojustiça aqui já citados.

As dificuldades hermenêutico-metodológicas inerentes aos direitos fundamentais repercutem diretamente sobre a jurisprudência, que se mostra repleta de exemplos de distorções na aplicação dessas normas, descortinando decisões marcadas pelo voluntarismo, sendo os métodos hermenêuticos propostos pela contemporânea literatura constitucional manipulados para justificar julgados solipsistas. Tal situação revela o que Paulo Bonavides chama de “déficit de dogmático”<sup>153</sup> da atual Hermenêutica Constitucional e dos direitos fundamentais.

O voluntarismo e o arbítrio decorrentes da carência de padrões mínimos para guiar a decisão não são fenômenos novos. Um exemplo das repercussões negativas de tal carência metodológica ocorreu com a chamada “jurisprudência dos valores”<sup>154</sup>, resultante da atividade do Tribunal Constitucional Federal Alemão, criadora da concepção dos direitos fundamentais como uma ordem hierárquica de valores utilizável como parâmetro para o controle de constitucionalidade<sup>155</sup>.

A jurisprudência dos valores atraiu, todavia, severas críticas relativas à legitimidade de decisões baseadas em pura axiologia, já que tais decisões podem dar guarida ao subjetivismo e ao voluntarismo, tudo sob um manto de aparente racionalidade<sup>156/157</sup>. Nota-

<sup>153</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 547.

<sup>154</sup> “Segundo a *Jurisprudência das Valorações*, o valor é o elemento de maior relevância do Direito, pois o fato é o suporte dos valores e a norma é um juízo de valor, valor explícito no princípio e implícito na regra”. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 58.

<sup>155</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. P. 174 e ss.

<sup>156</sup> “Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: ‘judicial review is a deliberately counter majoritarian institution’. Ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 320 e ss.

se, portanto, o grave problema do descontrole sobre os referidos valores, que acabam atribuindo ao juiz amplo poder para preencher o conteúdo axiológico com voluntarismo ou arbítrio, o que decorre do reconhecimento meramente retórico dos direitos fundamentais como uma ordem de valores<sup>158</sup>.

Do mesmo modo, no Brasil, atualmente, atravessa-se uma grave crise na aplicação dos direitos fundamentais, já que sob o lastro da teoria principiológica<sup>159</sup> e do pretensão método da ponderação<sup>160</sup>, há ocorrido uma avalanche de decisões questionáveis sob a perspectiva científica e normativa do Direito Constitucional, mas abrigadas sob uma suposta racionalidade pós-positivista, apesar de impregnadas pelo subjetivismo. Eis aqui mais um motivo para se sustentar uma distinção fraca entre princípios e regras, visto que, diante do caso concreto, são comandos e prescrições com caráter de regra para a resolução de conflitos, tal como analisado no capítulo anterior<sup>161</sup>.

Com efeito, o estabelecimento de um procedimento a ser enfrentado pelo intérprete, por meio de um diálogo decisório, trata-se de manifesta racionalidade procedimental e é capaz de estabelecer premissas – pontos de partida – que necessariamente têm de ser enfrentados pelo hermenêuta, logo, de forma adequada e complementar ao método tópico, como acima visto, possibilitando o estabelecimento objetivo dos pontos a serem enfrentados pelo julgador, o que permite um controle intersubjetivo do processo decisório e criação de balizas para garantir uma participação plural na decisão em temas políticos e sociais macrojurisdicionais, que, por isso mesmo, exigem essa maior participação.

Nesses moldes e como será melhor detalhado no próximo capítulo, o diálogo decisório com o procedimento objetivado não deixa de ser uma forma de pensar tópica, mas

---

<sup>157</sup> É interessante notar que o próprio Tribunal Constitucional Alemão atravessou essa crise de legitimidade após o famoso caso dos crucifixos, em que o Tribunal, com base na ponderação de valores, decidiu ser inconstitucional a presença de crucifixos nas salas de aula. Essa decisão provocou forte reação na população, tendo em vista a importância da fé cristã no seio da comunidade alemã. Verificar o inteiro teor do julgamento em: MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. PP. 366-377.

<sup>158</sup> “Com efeito, abusando da pauta normativa dos valores, o juiz intérprete se inclina, com frequência, impalpavelmente, ao subjetivismo de sua ‘pré-compreensão’, dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz, por sua vez, a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade”. BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. P. 581.

<sup>159</sup> Já tratada no capítulo anterior: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 144 e ss.

<sup>160</sup> “No fundo, a ponderação não passa de um dever de argumentação com transparência, forçando o julgador a expor com transparência, forçando o julgador a expor com ética e consistência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou outro princípio constitucional. É certo que ponderação está longe de ser um modelo perfeito e acabado, até porque, por si só, ela não oferece nenhuma resposta segura e cem por cento objetiva para os difíceis casos que envolvam direitos fundamentais (...)”. MARMELSTEIN, George. *Ibidem*. P. 391.

<sup>161</sup> AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. P. 26.

como o estabelecimento de padrões de racionalidade mínimos a serem enfrentados pelo intérprete, vencendo assim a crítica comum à tópica de ausência de limites ao julgador. Ademais, a proposta aqui sustentada garante uma proximidade com o a realidade que subjaz o processo sem, todavia, manietar o intérprete no que tange à apreensão e até à criação de sentidos substantivos.

A objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais já encontra precedentes em nosso ordenamento, resta, no entanto, necessário avançar para uma maior garantia do debate e do diálogo decisório com esses processos objetivados. Esses pontos serão analisados nos capítulos seguintes para um maior esclarecimento da proposta aqui sustentada.

## **4 AS FORMAS DE OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS JÁ EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA RELEVÂNCIA PARA A MACROJUSTIÇA**

### **4.1 As formas de tutela objetiva de direitos fundamentais já existentes no brasil**

A Eficácia Processual da dimensão objetiva manifesta-se nos mecanismos estatais processuais de tutela dos direitos fundamentais, o que se desdobra destacadamente em uma abertura dos processos públicos à participação pública e na prescindibilidade de provocação individual na tutela de direitos, pontos esses fundamentais a uma correta solução dos grandes problemas político-econômico-sociais.

Como corolário dos aspectos mencionados, sustenta-se aqui, como mais uma ramificação da eficácia processual, a obrigação de as decisões judiciais dialogarem com os próprios processos públicos objetivados, visto que nenhum sentido teria objetivar processos de tutela jurisdicional de direitos fundamentais se, no momento decisório, o julgador pudesse solenemente ignorar o debate travado como consequência dessa objetivação.

Desse modo, a objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais vai proporcionando uma complementação aos métodos hermenêuticos já conhecidos e gerando uma maior margem de controle intersubjetivo das decisões judiciais. Neste particular, principalmente, pelo fato de criar ferramentas de participação pública na atuação do Judiciário, vai aumentando a carga democrática e a legitimidade dos julgados.

Vale frisar, todavia, que a eficácia processual não se manifesta apenas nos processos judiciais, mas, de uma forma geral, nos processos estatais de tutela de direitos, ou seja, também ocorre nos processos administrativos e legislativos. Não obstante isso, aqui será dado enfoque na vertente jurisdicional do tema, tendo em conta que se objetiva demonstrar como ele pode colaborar no processo de qualificação da fundamentação das decisões judiciais no cenário da Macrojustiça.

Com esse desiderato, demonstrar-se-á neste capítulo que esse processo de objetivação já está em curso na ordem jurídica nacional. Não somente como um reforço em processos cujo caráter já era eminentemente objetivo, como aqueles do controle concentrado de constitucionalidade da Jurisdição Constitucional, citados no capítulo anterior, mas, em especial, por meio da objetivação de processos que originariamente possuíam uma feição subjetiva. Nesse passo, será demonstrado que já há posituação ou encampação pela

jurisprudência dessa renovação objetiva de antigos processos objetivos, tornando mais visível a manifestação da Eficácia Processual da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

#### 4.1.1 Repercussão Geral

Um campo em que a eficácia processual vem incidindo de forma vigorosa é no Recurso Extraordinário, que, tradicionalmente, foi criado como um meio subjetivo de tutela dos direitos fundamentais e que vem passando por um processo de objetivação com bom avanço doutrinário, legal e jurisprudencial<sup>162</sup>.

Como se sabe, referido recurso é de fundamentação vinculada, pois suas hipóteses de cabimento são taxativamente previstas no art. 102, III<sup>163</sup> da CF/88. Por se tratar de expediente excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, para que seja viável o RE, é necessário haver prévio esgotamento das instâncias ordinárias. Outro elemento típico do Recurso Extraordinário é presença manifesta de questão constitucional controvertida, que já deve ter sido apreciada pelo tribunal *a quo*, configurando o chamado prequestionamento.

Ressalte-se que este recurso tem a relevante função de permitir ao STF reapreciar decisões de todo o país em que se alegue violação aos dispositivos da Constituição Federal. Assim sendo, o RE busca uniformizar a interpretação nacional sobre as normas constitucionais, impedindo lesões locais às normas constitucionais, servindo como importante mecanismo de controle de constitucionalidade. Daí a apresentação dessas decisões, muitas vezes, como paradigmas para a interpretação e aplicação do direito brasileiro.

Com efeito, no controle de constitucionalidade concreto, a função do RE é resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, conferindo sistematicidade ao ordenamento jurídico constitucional, bem como emprestando validade e uniformidade ao entendimento firmado<sup>164</sup>. Tal aspecto ganha vulto em matéria de direitos fundamentais, pois tal recurso propicia ao cidadão levar possíveis ofensas a tais direitos ao mais elevado nível do Judiciário brasileiro com vistas a alcançar a citada uniformização

---

<sup>162</sup> DIDIER JR, Fredie. *O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. Pp. 99-104.

<sup>163</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. ”

<sup>164</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Salvador: JusPodivm, 2007. P. 260.

jurisprudencial. Esse aspecto é relevante, já que, no Brasil, não há uma “Queixa Constitucional”, isto é, uma ação extraordinária constitucional capaz de garantir ao indivíduo levar uma violação aos direitos fundamentais diretamente ao Tribunal com papel de último guarda da Constituição nos termos da “Reclamação Constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) existente na ordem constitucional alemã<sup>165</sup>.

Assim sendo, no Brasil, o Recurso Extraordinário é o principal mecanismo de tutela disponível ao indivíduo comum para que ele possa obter a resposta decisiva sobre questões de direitos fundamentais do órgão que confere a interpretação final sobre a Constituição no sistema jurídico nacional. Essa possibilidade de manejo individual do RE revela o seu caráter prioritariamente subjetivo, contudo, chegando a questão constitucional ao STF, caso o processamento do recurso seja objetivado, pode aquela questão inicialmente subjetiva repercutir para toda a coletividade e não apenas para o recorrente.

A objetivação do RE vem sendo fruto de sucessivas alterações legislativas e jurisprudenciais, cujo fim é atribuir contornos de controle abstrato ao tradicional instrumento de controle concreto de constitucionalidade, fazendo assim com que as questões julgadas transcendam o seu caráter subjetivo e passem a afetar a toda a coletividade.

Uma alteração do ordenamento exemplificativa da releitura pela qual o Recurso Extraordinário está passando é a necessidade de demonstração da repercussão geral como requisito de admissibilidade recursal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 (art. 102, §3º<sup>166</sup> da CF/88). O instituto caracteriza-se por ser uma análise feita pelo STF acerca da existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, nitidamente, elementos típicos da Macrojustiça.

Desse modo, torna-se flagrante que a repercussão geral tem como escopo fazer com que o RE ultrapasse o mero interesse subjetivo da causa<sup>167</sup>. Tal desiderato amolda-se à

---

<sup>165</sup> “A Reclamação Constitucional é uma ação extraordinária. Dela pode se valer qualquer pessoa submetida ao Poder Público alemão para suspender medida estatal que represente uma violação de direito fundamental do qual seja titular. Competente originário e exclusivo para o julgamento da Reclamação Constitucional é, assim como no caso do controle objetivo de normas, o TCF. Enquanto ação extraordinária, a Reclamação Constitucional não se apresenta como um recurso processual a mais, previsto pela jurisdição processual constitucional, tal qual ocorre com o Recurso Extraordinário brasileiro, próprio do seu sistema difuso de controle de constitucionalidade. Não se trata, portanto, de complemento extraordinário ao sistema processual ordinário de recursos, mas de ação constitucional específica, de instância única e subsidiária.” MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011. Pp. 26-27.

<sup>166</sup> “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>167</sup> Em sentido contrário está MARTINS, Leonardo. *Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil*: “O ônus da parte de ter que demonstrar o significado, relevância, importância geral – seja o que for – de uma questão constitucional é absolutamente incompatível com o processo objetivo, onde, não custa lembrar, não se discute interesses processuais ou privados em primeira linha, mas busca-se esclarecer a dúvida quanto à

necessidade de objetivação pela qual passa o recurso, já que tal mecanismo serve como requisito de admissibilidade, filtrando aquelas causas de interesse coletivo e, de outra banda, pelo seu caráter de transcendência aos interesses individuais, autoriza que a sua decisão tenha efeitos que ultrapassem as partes envolvidas<sup>168</sup>.

Nesse sentido, pode-se notar que há uma tendência à objetivação do controle de constitucionalidade via RE. Sob o prisma das alterações jurisprudenciais, pode-se destacar o relevante fato de o Supremo estar debatendo a viabilidade da aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede controle difuso, já existindo algumas decisões em tal sentido, apesar de a jurisprudência ainda ser minoritária.

Como se sabe, a regra é que o controle abstrato seja dotado de efeito *erga omnes* e o controle concreto seja dotado de efeito *inter partes*. Tal fato, no entanto, vem sendo alvo de alterações por parte do STF. Com a finalidade de reforçar o caráter objetivo do controle concreto, o Supremo aplicou efeitos *erga omnes* e vinculante a algumas decisões em controle concreto. Não somente a Recursos Extraordinários foram aplicados tais efeitos, mas também a outros mecanismos processuais de controle concreto de constitucionalidade e tutela dos direitos fundamentais (v.g.: *Habeas Corpus*).

Como exemplos de julgados envolvendo instrumentos de controle concreto, que acabaram por ter suas decisões aplicadas com efeitos *erga omnes*, podem ser citados o caso da fixação do número de vereadores do Município de Mira-Estrela (RE 197.917/SP<sup>169</sup>) e o caso da possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos (HC

constitucionalidade em razão da possível inconstitucionalidade e em consonância com o interesse público implícito em tal esclarecimento. No sistema processual objetivo não se concebe, portanto, questão ‘constitucional’ que não tenha ‘repercussão geral’”. In: *Idem. Ibidem*. P. 26.

<sup>168</sup> “A sua exata compreensão pressupõe que bem se apreenda o perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal. Em nossa organização judiciária, toca-lhe a tarefa de guardar a Constituição, promovendo a unidade do Direito brasileiro tanto de maneira retrospectiva como prospectivamente. Pela via do controle difuso de constitucionalidade, à força da interposição de recurso extraordinário, a consecução de sua finalidade precípua passa pela demonstração da repercussão geral da controvérsia constitucional nela debatida. A decisão do Supremo Tribunal Federal nesses casos espraia-se para além do caso concreto, constituindo sua *ratio decidendi*, motivo de vinculação tanto para o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) como, potencialmente, para os demais órgãos jurisdicionais (vinculação vertical)”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 79.

<sup>169</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL”. (RE 197917, RELATOR(A): MIN. MAURÍCIO CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368).



82.959/SP<sup>170</sup>). A eficácia *erga omnes* desses casos foi reforçada pelo manejo de reclamações constitucionais visando à defesa da autoridade dos argumentos utilizados nos casos paradigmáticos ante casos análogos, o que foi admitido pelo STF como meio assecuratório da obediência as suas decisões em controle concreto.

Isso ocorreu, por exemplo, na Reclamação N.º. 4.335/AC, manejada pela Defensoria Pública da União contra decisão do juiz que indeferiu a progressão de regime a dez apenados por crimes hediondos com base no dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo em controle difuso<sup>171</sup>. A alegação do reclamante baseou-se na existência de ofensa à decisão do Plenário do STF, que havia declarado inconstitucional o dispositivo que vedava a progressão nos crimes hediondos em caso análogo. O juiz, por seu turno, defendeu que a decisão emanada do controle concreto possui apenas efeitos *inter partes*, ficando dependente do Senado para a concessão de eficácia *erga omnes*.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, monocraticamente deferiu a liminar na reclamação, determinando que fosse afastada a vedação à progressão de regime até o julgamento final da reclamação, realizando-se, no caso concreto, o exame sobre a viabilidade ou não de cada um dos internos poder progredir de regime<sup>172</sup>. A referida Reclamação, posteriormente, foi definitivamente julgada<sup>173</sup>, confirmando o entendimento liminar, ratificando a tendência à objetivação do controle concreto de constitucionalidade<sup>174</sup>. Este

---

<sup>170</sup> “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

<sup>171</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Evolução jurisprudencial de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso*. Apresentação de Trabalho/Comunicação: IV Encontro Anual da ANDHEP. Vitória: 08 a 10 de outubro de 2008. Grupo de Trabalho: Teoria e História dos Direitos Humanos.

<sup>172</sup> “Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação. Nessa extensão do deferimento da medida liminar, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/08/2006, publicado em DJ 25/08/2006 PP-00076).

<sup>173</sup> “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente”. (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001).

<sup>174</sup> “Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo pleno do STF em *controle difuso de constitucionalidade*,

ponto ressalta também a objetivação do próprio *Habeas Corpus*, o que será retomado mais adiante.

Com efeito, um dos institutos que passa por verdadeira crise existencial, em decorrência da ampliação do controle de feição abstrata, é o do Senado Federal no que tange à suspensão da execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF em controle difuso (art. 52, X<sup>175</sup> da CF/88). Segundo Gilmar Mendes, diante do cenário hodierno, a resolução de suspensão da lei pelo Senado perdeu significado por se inspirar em uma concepção de separação de poderes ultrapassada<sup>176</sup>. Nesse sentido, o autor questiona qual a lógica de o Supremo Tribunal poder, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei e não poder fazer o mesmo na declaração de inconstitucionalidade proferida no controle incidental<sup>177</sup>.

Sob tal lógica, não seria mais a decisão do Senado que conferiria eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte já conteria essa força normativa. Essa parece ser uma tendência para o controle concreto, todavia, não se revela adequado ao STF, simplesmente, suplantando o comando constitucional em clara “afronta ao princípio democrático e da separação constitucional das funções estatais”<sup>178</sup>. Assim sendo, para uma transformação lícita de tal papel do Senado Federal seria conveniente uma emenda constitucional para redefinir tal função<sup>179</sup>.

Tudo isso demonstra que o RE vem sendo fruto de sucessivas alterações propiciadoras de sua objetivação, fazendo com que as questões julgadas transcendam o seu caráter subjetivo e afetem a toda a coletividade, o que guarda relação com amplo contexto da

independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa nesse sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a ‘súmula’ vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento de demandas”. DIDIER JR, Fredie. *O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: *Idem*. *Ibidem*. Pp. 109-110.

<sup>175</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>176</sup> Cfr. G.M in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1131.

<sup>177</sup> *Idem*. *Ibidem*.

<sup>178</sup> MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. P. 29.

<sup>179</sup> Gilmar Mendes (*Ibidem*, P. 1131 e ss.), por exemplo, defende ter ocorrido uma mutação constitucional no papel desempenhado pelo Senado. Tal entendimento não parece correto, já que a mutação constitucional, assim como não altera o texto constitucional, também não pode contrariar expressamente o seu texto. Sobre o tema conferir: PEDRA, Adriano Sant’Ana. *As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana*. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: v. 121, p. 47-68, 2011. P. 7.

objetivação dos processos de tutela dos direitos fundamentais pertinente à dimensão objetiva<sup>180</sup>.

#### 4.1.2 *Súmula Vinculante*

Outra interessante alteração do ordenamento jurídico no sentido da objetivação dos processos de tutela dos direitos fundamentais promovida pela EC nº. 45/04 foi a criação da súmula vinculante, por meio do acréscimo do art. 103-A<sup>181</sup> ao texto constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove enunciado de súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Inicialmente, deve-se destacar que a súmula vinculante deverá versar sobre tema amplamente debatido no âmbito do STF, ou seja, que reflita a jurisprudência do Tribunal. Sendo assim, é vedada a edição de súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. Isso por si só demonstra a possibilidade de casos individuais transcenderem seus interesses subjetivos e acabarem por tecer um posicionamento jurisprudencial objetivo que vincule toda a sociedade.

Considerando que o mencionado preceito expressamente faz referência a algo que deveria ser definido “na forma estabelecida em lei”, foi editada a Lei nº. 11.417/06 de modo a disciplinar alguns aspectos relativos à edição, à revisão e ao cancelamento de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a redação constitucional, a súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja

---

<sup>180</sup> “O recurso extraordinário, nesse contexto, é reinstrumentalizado no sentido de alcançar máxima efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, em sua dimensão objetiva, visto que são sustentáculos do próprio ordenamento jurídico constitucional moderno. (...) A dimensão objetiva dos Direitos fundamentais, por essa senda, é uma meta a ser alcançada pelo recurso extraordinário nessa nova perspectiva que lhe outorga a jurisdição constitucional, a supina missão de defesa objetiva do sistema jurídico. O recurso extraordinário não é um recurso das partes, prevalece na espécie o interesse público, embora o que impulsiona a recorribilidade seja o interesse privado, mas sim um recurso do sistema jurídico como um todo, a fim de garantir os elementos objetivos fundamentais da comunidade, isto é, os elementos essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional reconhecidos historicamente no Estado Constitucional de Direito que representam o marco de uma convivência humana justa e pacífica”. ANDRADE, José Arildo Valadão. *Objetivação do Recurso Extraordinário*. Vitória, 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação de Direito Processual Civil. P. 210-211.

<sup>181</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, §1º<sup>182</sup> da CF/88), somente se admitindo a edição de enunciado vinculante sobre matéria constitucional (art. 103-A, *caput* da CF/88; art. 2º, *caput*<sup>183</sup> da Lei nº. 11.417/06).

O procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes também revela seu caráter objetivo, podendo ocorrer de ofício ou por provocação. De acordo com o texto constitucional, a proposta de edição de súmula vinculante pode ser feita pelos próprios membros do STF ou por aqueles que podem propor as de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103-A, §2º<sup>184</sup> da CF/88). Vale registrar que além do já mencionados legitimados, nos termos da lei, o Defensor Público Geral Federal também possui essa legitimidade, bem como os Municípios, de modo incidental, nas causas em que estejam litigando. Os legitimados para propor a edição de enunciados de súmulas vinculantes são os mesmos que podem propor a sua revisão ou cancelamento. A possibilidade da propositura, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes poder ocorrer de ofício ou por provocação de legitimados ordinários com caráter de entes responsáveis pela tutela de interesses plurais, revelando justamente a prescindibilidade de provocação individual na tutela de direitos fundamentais, algo típico da Eficácia Processual da dimensão objetiva.

Não obstante isso, o maior exemplo do caráter objetivo desse instituto é o fato de, como a própria nomenclatura indica, possuir efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse contexto, o efeito vinculante tem eficácia imediata (art. 4º da Lei nº. 11.417/06<sup>185</sup>), desde a publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do

---

<sup>182</sup> “§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

<sup>183</sup> “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei”.

<sup>184</sup> “§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

<sup>185</sup> “Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

Diário Oficial da União, o que deve ser feito no prazo de dez dias após a sessão em que for aprovado (art. 2º, §4º, da Lei nº. 11.417/06<sup>186</sup>).

No entanto, é possível que o STF, por decisão de 2/3 de seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º da Lei nº. 11.417/06). Assim, verifica-se ser possível que o STF module os efeitos do enunciado de súmula vinculante, diferindo a sua eficácia vinculativa.

Como decorrência desse efeito vinculante, do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º<sup>187</sup> da CF/88), sem prejuízo de outros meios admissíveis de impugnação. Caso julgue procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula.

O efeito vinculante revela o caráter objetivo da decisão contida nesta espécie de súmula, garantindo sua transcendência para além de interesses individuais e subjetivos e atando o restante do Judiciário e da Administração Pública aos direitos que subjazem essa decisão em clara vinculação das funções estatais, o que é algo típico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tal como visto anteriormente.

#### ***4.1.3 Amicus Curiae e Audiências Públicas***

À medida que ocorre a objetivação dos processos estatais de tutela dos direitos fundamentais, possibilitando a aplicação de tais direitos sem a necessidade de demanda por parte de um titular interessado e fazendo com que os efeitos das decisões desses processos afetem a toda a sociedade, passa a ser necessária uma abertura complementar de tais processos à participação pública.

Nota-se assim que essa participação pública é uma reivindicação da própria objetivação dos processos estatais, já que ela significa uma evolução em relação a processos estatais exclusivamente garantidores de interesses privados, visando a alcançar e a vincular a

---

<sup>186</sup> “§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo”.

<sup>187</sup> “§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

esfera pública. Nesse curso, para que a coletividade possa ser afetada por decisões de cunho vinculante, faz-se necessário oportunizar a essa coletividade momentos de participação em tal processo estatal, podendo assim influenciar na decisão.

É essa necessidade de participação pública nos processos estatais que é apontada aqui como uma das ramificações da eficácia processual participativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Há, todavia, autores que enquadram essa carência de participação como decorrência de outros aspectos relativos aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Pieroth e Schlink defendem a noção de participação do cidadão nos procedimentos estatais dentro da lógica da função de proteção dos direitos fundamentais<sup>188</sup>, apesar de expressamente reconhecerem que “o direito à participação igual torna-se, assim, muitas vezes em direito procedimental”<sup>189</sup>.

Por sua vez, Peter Häberle defende a existência de um *status activus processualis*, inerente aos direitos fundamentais do Estado Social, que obrigam o aparelho estatal a proporcionar mecanismos de participação aos cidadãos nos processos públicos<sup>190</sup>.

Já sob outra perspectiva, Jürgen Habermas sustenta que a real legitimidade do Estado de Direito depende do incremento da participação popular, sendo os cidadãos sujeitos possuidores de liberdade comunicativa em “processos discursivos de consulta e decisão”, o que se consubstanciaria em direitos fundamentais à participação<sup>191</sup>.

Não obstante as diversas classificações do tema, sustenta-se nesta pesquisa, como acima exposto, que a eficácia processual é uma vinculação específica das funções estatais relacionada à utilização de ferramentas processuais e participativas para a tutela prévia dos direitos fundamentais em face do poder público ou privado, sendo essa a razão de seu enquadramento aqui como eficácia autônoma da dimensão objetiva.

---

<sup>188</sup> “A protecção dos direitos fundamentais é de participação para o particular, sempre que o estado tenha criado instituições ou sistemas de fomento e de prestação que simplificam ou em primeiro lugar tornam possível o exercício de direitos fundamentais. Em questões de participação aplicam-se, sobretudo, o art. 3º: o que o particular requer é, normalmente, a repartição igual de direitos com igualdade de oportunidade e com equidade em função da qualificação. O direito à participação igual torna-se, assim, muitas vezes em direito procedimental: no caso de haver vários interessados, a atribuição de oportunidades iguais e a avaliação e consideração justa de qualificações pode ter lugar num só procedimento; este procedimento tem de ser leal e, no caso de importância bastante, tem de ser regulado por norma jurídica; as posições do particular têm de estar salvaguardadas no procedimento”. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíadas Editora, 2008. Pp. 28-29.

<sup>189</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>190</sup> HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de La sociedad abierta*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. P. 193.

<sup>191</sup> “Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 159.

A participação pública nos processos estatais de defesa dos direitos fundamentais engloba procedimentos administrativos, legislativos e jurisdicionais<sup>192</sup>. Inicialmente, pode-se apresentar o instituto do *amicus curiae* como primeira expressão dessa participação pública decorrente da eficácia processual dos direitos fundamentais<sup>193</sup>.

O *amicus curiae* é a ferramenta capaz de gerar a participação dos cidadãos no processo jurisdicional de tutela dos direitos fundamentais, propiciando a objetivação e o aperfeiçoamento do procedimento em questão<sup>194</sup>. Esse instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 7º, §2º da Lei nº. 9868/99<sup>195</sup>, que estabelece que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades nos processos de controle abstrato de constitucionalidade<sup>196</sup>.

<sup>192</sup> “É claro que essas ações não podem ser vistas como simples procedimentos instituídos para a tutela dos direitos. Lembre-se que os direitos fundamentais exigem a possibilidade da participação na sociedade e no poder. Essa participação deve ser oportunizada e incentivada não apenas através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões públicas na esfera administrativa. Os procedimentos judiciais são indispensáveis à participação do cidadão em defesa dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nesses casos a participação é viabilizada pela jurisdição e, assim, incorpora-se ao processo uma outra particularidade. O processo, nessa dimensão, assume a condição de via ou conduto de participação, e não apenas de tutela jurisdicional. Além de instrumento de jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar em busca da realização e da proteção dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Pp. 439-440.

<sup>193</sup> *Idem. Ibidem*. Pp. 465 e ss.

<sup>194</sup> “(...) Mais do que nunca, tem-se consciência da necessidade de o juiz aproximar-se do *fato social* para bem decidir, decidi-lo como um todo e não como pequena parte, dissociada de seu contexto mais amplo. É o papel do juiz cada vez mais próximo do legislador. É o dever de se *legitimar* perante a sociedade e perante as múltiplas atuações e funções do próprio Estado. Não terá sido por outra razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de passar a admitir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção de terceiros – mesmo que sob o rótulo de *amicus curiae* -, modificando, conseqüentemente, entendimento que sempre prevaleceu naquela corte sobre aqueles ‘procedimentos objetivos’. De um entendimento que negava a intervenção de terceiros à falta de qualquer interesse *individualizado* detectável perante o processo *objetivo* do controle de constitucionalidade passou-se à sua admissão, como forma de viabilizar que determinados interesses – porque relevantes – fossem levados à apreciação da corte, como forma de *legitimar* sua decisão”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 107.

<sup>195</sup> “Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>196</sup> “O que o §2º do art. 7º da lei n. 9868/99 apresenta de novo é a alteração radical de *perspectiva* em que a questão pode e deve ser analisada. Não se trata de reconhecer que há, na ação direta de inconstitucionalidade, ‘direitos subjetivos’ capturáveis ou fruíveis diretamente pelos interessados. Bem diferentemente, o que passou a ser admitido é que ‘terceiros’ possam vir perante os Ministros do Supremo Tribunal Federal e tecer suas considerações sobre o que está para ser julgado, contribuindo, com sua iniciativa, para a *qualidade* da decisão. Daí a nossa observação anterior de que esse ‘terceiro’ atua em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos ‘terceiro-intervenientes’. “Terceiro” ele é, mas não *aquele* terceiro que o Supremo Tribunal Federal sempre negou – e continua negando – pudesse – ou possa – intervir nas ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade.” BUENO, Cassio Scarpinella. *Ibidem*. P. 152.

Como se pode notar, no caso acima citado, o instituto do *amicus curiae* possibilita uma participação pública no processo de controle de constitucionalidade, reforçando seu caráter objetivo, já que a participação de órgãos ou entidades, originalmente estranhos ao processo, revela que aquele específico caso extrapola os interesses das “partes” diretamente envolvidas, sendo relevante para toda a sociedade, realizando aquilo que Peter Häberle<sup>197</sup> designou como um nova forma de ampliação democrática e legitimadora do círculo dos intérpretes da Constituição<sup>198</sup>.

Vale ainda observar que a Lei nº. 9882/99, que dispõe sobre o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), foi silente quanto à possibilidade de participação do *amicus curiae*. Não obstante isso, seguindo aqui a linha de raciocínio de Cassio Scarpinella Bueno<sup>199</sup> e Dirley da Cunha Júnior, não parece ser possível que tal instituto possa ser afastado do procedimento da ADPF, quando esta assumir feição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, dado o seu caráter de processo objetivo, capaz de efeito vinculante e *erga omnes*, bem como em razão da “norma insculpida no §2º do art. 6º da lei 9.882/99, que faculta ao relator autorizar sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento de interessados no processo”<sup>200</sup>.

Voltando à Lei nº. 9.868/99, essa alterava a redação do art. 482 do antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)<sup>201</sup> autorizando, em seu parágrafo terceiro, a presença do

---

<sup>197</sup> “A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais’ (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e em sentido estrito realiza-se não apenas onde ele já está institucionalizado, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. *Experts* e ‘pessoas interessadas’ da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. Pp. 17-18.

<sup>198</sup> “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente afetadas* (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui”. *Idem*. *Ibidem*. P. 48.

<sup>199</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Ibidem*. P. 191.

<sup>200</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 7ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. P. 299.

<sup>201</sup> “Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. (...) § 3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.



*amicus curiae* na declaração de inconstitucionalidade nos processos nos tribunais. O procedimento descrito no anterior CPC era o mesmo da Lei nº. 9.868/99. Não obstante isso, a grande transformação do *amicus curiae* veio com Lei nº. 13.105/15, o novo Código de Processo Civil, que, em seu art. 138<sup>202</sup>, ampliou decisivamente a utilização desse instituto.

O novo CPC definitivamente encerrou a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, definindo-o como uma modalidade de intervenção de terceiros. Outra discussão (esta jurisprudencial) encerrada foi a da possibilidade de tanto pessoas naturais, jurídicas ou mesmo órgãos e entidades especializadas poderem funcionar como *amici curiae*.

A previsão do *amicus* como uma forma de intervenção de terceiros geral do processo civil aponta uma verdadeira revolução no processo civil, visto que acaba por permitir o seu manejo de forma ampla nos processos e não só em procedimentos específicos em que ele tivesse expressa previsão normativa, positivando o que já era defendido por setores da doutrina: “sustentávamos, em edições anteriores do presente trabalho, a possibilidade de haver intervenção de *amicus curiae* mesmo em hipóteses não expressamente previstas em Lei”<sup>203</sup>.

Essa é uma grande revolução, posto que o próprio texto normativo deixou claro que a intervenção dos *amici* deve ocorrer em casos cuja “relevância da matéria” e a “especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” revelem sua necessidade, ou seja, à medida em que a sociedade de um modo geral pode vir a ser vinculada por um processo individual, passa essa sociedade, por meio de múltiplos atores, a poder intervir naquele processo inicialmente subjetivo e a forma de intervir é justamente por meio da figura do *amicus curiae*. Nesses termos também se posiciona Medina:

“na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista das esferas individuais ou grupos afetados”<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação c, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

<sup>203</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 245.

<sup>204</sup> *Idem. Ibidem*.

Assim sendo, nota-se de forma nítida a “mais-valia” da dimensão objetiva, sob a perspectiva da eficácia processual participativa, quando se tratam de aplicações do instituto do *amicus curiae* em processos em que há um caráter inicialmente individual. Desse modo, consolida-se a ampliação da utilização do *amicus curiae*, que, mesmo sem previsão normativa expressa, era permitida pelo STF em processos de controle concreto de constitucionalidade e a tutela de direitos fundamentais.

O caso paradigma sobre o tema ocorreu no HC 82.424<sup>205</sup>, o célebre caso do antissemitismo, em que se admitiu a presença do *amicus curiae* em um processo de *Habeas Corpus*, mostrando-se a atuação do “amigo da Corte” decisiva na formulação dos votos dos ministros.

Também em matéria civil é possível a presença do *amicus curiae*. Em recente caso, o Ministro Celso de Mello admitiu que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a União Federal e a Associação Brasileira de Supermercados atuassem como *amicus curiae* em um processo que discute a proibição da construção de postos de gasolina nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos no Distrito Federal. Trata-se do Recurso Extraordinário 597.165, contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal questionando o artigo 2º da Lei Complementar Distrital 294/2000. Observe-se, contudo, que, em tal caso, o RE deriva do controle concentrado estadual, não significando propriamente uma objetivação de uma questão inicialmente individual.

Não obstante isso, nos RE’s Nº. 416.827/SC<sup>206</sup> e Nº. 415.454/SC<sup>207</sup>, relativos a direitos previdenciários debatidos em processos individuais oriundos dos Juizados Especiais, o STF expressamente admitiu a presença de associações de aposentados e pensionistas na

<sup>205</sup> “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA”. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

<sup>206</sup> “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE(LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). (...)”. (RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004).

<sup>207</sup> “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). (...)”. (RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004).

condição de *amici curiae*, ressaltando que, em tal contexto, o referido recurso se desvincula de um processo de índole estritamente subjetiva.

Outro ponto que possibilita uma ampliação do debate democrático no bojo dos processos judiciais objetivados dos dias de hoje é a realização de audiências públicas com a participação de diversos setores da sociedade afetados pela possível decisão. Essas audiências já encontravam previsão no art. 9º, §1º<sup>208</sup> da Lei nº. 9868/99 para os processos de controle concentrado de constitucionalidade. Essa possibilidade foi ampliada no novo Código de Processo Civil, nos arts. 983, §1º<sup>209</sup> e 1038, II<sup>210</sup>, o que será objeto de análise mais adiante.

Dessarte, as audiências públicas e, com grande destaque, o instituto do *amicus curiae* possibilitam a participação pública em processos objetivos de tutela dos direitos fundamentais, o que se compatibiliza com a eficácia processual participativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui defendida<sup>211</sup>.

#### **4.1.4 Improcedência Liminar do Pedido**

O novo Código de Processo Civil foi pródigo na criação e ampliação de instrumentos de objetivação de processos de tutela dos direitos. Outro desses institutos cuja objetivação foi ampliada é o da improcedência liminar do pedido, que é a decisão jurisdicional que, mesmo antes da citação do demandado, nas hipóteses do art. 332<sup>212</sup>, julga

<sup>208</sup> “§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>209</sup> “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. §1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

<sup>210</sup> “Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;”.

<sup>211</sup> Vale ainda citar – apesar de não haver concordância integral deste autor sob o ponto – que, segundo Cassio Scarpinella Bueno, ainda podem ser considerados como formas de *amicus curiae* as seguintes intervenções processuais: a) Das pessoas jurídicas de direito público nos termos do art. 5º da Lei Nº. 9469/97; b) Da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos termos do art. 31 da Lei Nº. 6385/76; c) Do Instituto da Propriedade Industrial (INPI) nos termos dos arts. 57, 118 e 175 da Lei Nº. 9279/96; d) Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos termos do art. 84 da Lei Nº. 8884/94 (BUENO, Cassio Scarpinella. *Ibidem*. P. 216 e ss.).

<sup>212</sup> “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre

improcedente o pedido formulado pelo autor. A improcedência liminar, portanto, constitui decisão de mérito definitiva apta à formação de coisa julgada e passível de ação rescisória<sup>213</sup>.

Trata-se de técnica de aceleração do processo, uma vez que admite, diante de situações de manifesta improcedência do pedido, a dispensa à citação do demandado e permite o julgamento a ele favorável<sup>214</sup>. Não há qualquer violação ao contraditório, já que o julgamento de improcedência favorece o próprio demandado. Além disso, excepciona a ordem preferencial cronológica de conclusão do processo (art. 12, §2º, I<sup>215</sup> do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15).

De fato, não faria sentido insistir na citação e na prática dos demais atos processuais, quando, por exemplo, o juízo ou mesmo a jurisprudência como um todo já têm posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor ou quando já se apurou a presença de decadência ou prescrição. Ademais, a improcedência liminar do pedido possui aplicabilidade em relação a qualquer processo, sejam aqueles que têm início perante o juiz de primeira instância ou os de competência originária de tribunal<sup>216</sup>.

Por outro lado, a legislação processual também admite a improcedência liminar parcial, oportunidade na qual um ou alguns dos pedidos cumulados são liminarmente julgados improcedentes. Considerando não haver extinção do processo, a decisão que julga improcedentes parte dos pedidos é interlocutória, passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 1.015, II<sup>217</sup> do CPC/15). Na segunda situação – causa de competência originária de tribunal – é possível que se esteja diante de decisão do relator, impugnável por agravo interno (art. 1.021<sup>218</sup> do CPC/15), ou de acórdão, impugnável por algum dos recursos cabíveis em face de decisões colegiadas (recurso ordinário constitucional, embargos de divergência, recurso especial ou recurso extraordinário).

direito local. §1ª O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. §2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. §3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. §4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

<sup>213</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 667.

<sup>214</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>215</sup> “Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (...) §2º Estão excluídos da regra do caput: I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido (...);”

<sup>216</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ibidem.* P. 668.

<sup>217</sup> “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo;”

<sup>218</sup> “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.”

A ampliação da objetivação no que tange à improcedência liminar fica clara em suas hipóteses de incidência. O art. 285-A<sup>219</sup> do antigo CPC/73 admitia a prolação liminar de sentença de improcedência, independentemente de citação do réu, nos casos de matéria controvertida ligada apenas a questão de direito, quando o mesmo juízo já houvesse proferido sentença de total improcedência em outros casos idênticos<sup>220</sup>.

O art. 332 do CPC/15 não mais faz menção a decisões de improcedência proferidas pelo mesmo juízo<sup>221</sup>. O legislador do novo CPC optou por permitir a extinção liminar nos casos de orientação jurisprudencial firmada em: a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 332, I do CPC/15); b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (art. 332, II do CPC/15); c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (art. 332, III do CPC/15); e d) enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local (art. 332, IV do CPC/15), todos as hipóteses em conformidade com o sistema de respeito aos precedentes judiciais (arts. 926 a 928<sup>222</sup> do CPC/15)<sup>223</sup>.

<sup>219</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. §1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. §2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

<sup>220</sup> Vale registrar que, no art. 285-A do CPC/73, a controvérsia deveria ser “unicamente de direito”, enquanto o CPC/15 admite a improcedência liminar do pedido quando se dispensar a fase instrutória, ou seja, ainda que haja provas constituídas, é possível que o magistrado julgue liminarmente improcedente o pedido.

<sup>221</sup> MEDINA, José Miguel García. *Ibidem*. P. 582.

<sup>222</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (...) Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

<sup>223</sup> Vale frisar que, além das hipóteses citadas expressamente no Art. 332 do CPC/15, nos termos do parágrafo primeiro do mesmo artigo, o pedido será julgado liminarmente improcedente quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição. Nesse caso, em razão da utilização da expressão “desde logo”, observa-se que a prescrição e a decadência devem poder ser reconhecidas *de ofício* pelo magistrado, já que o réu ainda não foi citado. No que tange à decadência, somente poderá ser conhecida *ex officio* a decadência legal (art. 210 do CC/02). A decadência convencional depende de provocação da parte interessada (art. 211 do CC/02). Em relação à prescrição, aparentemente, tencionou o legislador permitir que o juiz pudesse reconhecer de ofício qualquer prescrição, a fim de acelerar o julgamento das demandas. Além disso, o art. 332 do CPC/15 não trata expressamente da hipótese de rejeição liminar do pedido em situação atípica, de improcedência manifesta. A doutrina, no entanto, defende ser possível que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido em situações atípicas, de manifesta improcedência (art. 487, I, do CPC/15). Isso porque, além de não existir razão para estender desnecessariamente o processo, essa medida - já expressamente prevista nos embargos à execução e no mandado de injunção, que podem ser rejeitados liminarmente quando forem, respectivamente, “manifestamente protelatórios” (Art. 918 do CPC/15) e manifestamente improcedentes (Art. 6º da Lei nº. 13.300/16) - contribui para evitar demandas abusivas, que muitas vezes constituem mecanismos de abuso de direito.

Nesse ponto, importa dizer que a interpretação desse dispositivo deve ser harmonizado com a do art. 927 do CPC/15, uma vez que o Código deve ser observado sob uma perspectiva de unidade<sup>224</sup>. Desse modo, embora o rol do art. 332 não faça menção aos precedentes do art. 927, somente se admite a improcedência liminar do pedido que contrariar súmula do STF em matéria constitucional e súmula do STJ em matéria infraconstitucional (legislação federal)<sup>225</sup>.

Nesse contexto, de modo a se atingir a finalidade da regra prevista no art. 332 do CPC/15, revela-se essencial que a norma construída pela jurisprudência, como resultado de um processo interpretativo, tenha se estabelecido firmemente, de modo claro<sup>226</sup>. Com efeito, devem os tribunais zelar pela construção adequada de jurisprudência, evitando, por exemplo, a elaboração de enunciados sumulares ambíguos e imprecisos.

Ante todo o exposto, a objetivação revela-se de modo duplo nos casos de improcedência liminar, visto que, *a priori*, dispensa totalmente a atuação individual do réu na tutela de seus direitos e por utilizar como baliza para o julgamento do caso o sistema de precedentes, este manejado nos casos de atuação do STF ou do STJ em enunciado de súmulas ou em julgamento de recursos repetitivos, bem como nos casos de entendimentos firmados em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou assunção de competência ou ainda enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local. Nota-se assim que o sistema de precedentes permite que aqueles casos inicialmente subjetivos tenham uma rede de entendimentos jurídicos vinculantes, permitindo que os interesses individuais transcendam para um prisma coletivo inicialmente não pensado, como será detalhado abaixo.

#### **4.1.5 Sistema de precedentes Vinculantes**

Um dos maiores avanços do novo Código de Processo Civil em matéria de objetivação foi a criação de um sistema de precedentes vinculantes. Inicialmente, faz-se mister registrar a observação de Juraci Mourão Lopes Filho no sentido de que precedente não

---

<sup>224</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ibidem*. P. 671.

<sup>225</sup> Nesse sentido, observe o que dispõe o enunciado n°. 146 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na aplicação do inciso I do art. 332, o juiz observará o inciso IV do caput do art. 927”. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

<sup>226</sup> MEDINA, José Miguel García. *Ibidem*.

se confunde com ementa ou qualquer tipo de sumário da decisão, “precedente, pois, envolve conhecer e lidar com a integralidade da decisão, seus argumentos, fatos e fundamentação”<sup>227</sup>.

Desse modo, antes de analisar o referido sistema, deve-se detalhar o que vem a ser precedente. Segundo Didier, Braga e Oliveira, precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, cujo elemento normativo tem aptidão para servir como diretriz no julgamento de casos análogos futuros<sup>228</sup>. Na mesma linha, Rodolfo Mancuso afirma que precedente é expressão que caracteriza uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, pode servir para influenciar na solução de casos futuros<sup>229</sup>.

Hermes Zaneti Júnior, por sua vez, assevera que precedente judicial diz respeito ao resultado da densificação de normas estabelecidas a partir do entendimento de um caso e suas circunstâncias, ou seja, da solução jurídica argumentativamente exposta pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica de um caso precedente com um caso atual<sup>230</sup>. Já para Lenio Streck e Georges Abboud, o precedente é uma decisão de um Tribunal com possibilidade de ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser, de fato, seguido na resolução de casos análogos-similares<sup>231</sup>.

A despeito da quantidade de conceitos expostos, não há, ainda, como conceituar plenamente o que vem a ser o precedente. Isso porque as definições anteriormente abordadas fazem menção tão somente ao entendimento do que vem a ser precedente em sentido amplo. Parcela da doutrina, no entanto, entende que para haver o precedente é necessário existir identificação do julgado paradigma com o aquilo que realmente é aplicado no julgamento de casos futuros, isto é, a denominada *ratio decidendi*. Neste viés, ter-se-ia o precedente em sentido estrito.

Michele Taruffo, seguindo a noção de precedente em sentido estrito, afirma que o que “faz precedente” é apenas a *ratio decidendi* e não tudo o que se afirma na decisão em questão. Assim, constitui precedente apenas a regra de direito a qual o juiz fez menção para

---

<sup>227</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014. P. 104.

<sup>228</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015. P. 346.

<sup>229</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionabilidade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 230.

<sup>230</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 235, n. 1, p.293-349, set. 2014. P. 295.

<sup>231</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 46

delinear juridicamente o suporte fático (*fattispecie*) objeto da decisão e, de fato, para decidir sobre esse<sup>232</sup>.

Diante disso, é possível elencar as seguintes características essenciais aos precedentes, que permitem a sua conceituação: a) o precedente judicial é uma decisão judicial que surge no bojo de situações concretas nas quais o contexto fático detém maior relevo, malgrado seja possível a formação de precedentes em demandas sobre questões de direito; b) o precedente somente pode ser considerado como tal, quando é efetivamente utilizado no futuro. Sendo assim identifica-se um dinamismo inerente ao precedente; c) os fatos do precedente devem ser análogos aos do caso sucessivo, de modo que, neste último caso, seja possível aplicar a mesma *ratio decidendi* que determinou a decisão no primeiro; e d) o precedente deve, ao acrescentar algo de “novo”, ter aptidão para influenciar casos futuros.

Assim sendo, entende-se o precedente como a decisão judicial que responde um caso de modo a acrescentar alguma inovação na interpretação ou aplicação do direito a ele inerente e que se torna parâmetro racional de resposta a outros casos assemelhados por meio de um processo racional de diálogo entre o passado e o presente.

Em síntese, o precedente é composto por dois elementos essenciais: a *ratio decidendi*, também denominada *holding*, e o *obiter dictum*. Conforme esclarecido anteriormente, ao tratar do precedente em sentido estrito, a *ratio decidendi* corresponderia aos fundamentos ou teses jurídicas essenciais que conduziram o magistrado, ao analisar o caso concreto, a tomar uma dada decisão e que, futuramente, poderiam ser utilizados em outro caso análogo.

De outra parte, o *obiter dictum*, via de regra, é definido de forma negativa: constitui *obiter dictum* aquilo presente na decisão que não fizer parte da *ratio decidendi*. Por *obiter dictum*, todavia, podem ser entendidas as proposições constantes na decisão que tratam de questões não relevantes ou periféricas<sup>233</sup>. Em outros termos, é o argumento jurídico ou a consideração exposta na motivação que constitui mero juízo normativo acessório, secundário, que não detém influência substancial para a decisão<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> TARUFFO, Michele. *Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos do precedente judicial*. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 45.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 234.

<sup>234</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*. P. 454.



Assim, o *obiter dictum* constitui suporte para a construção da *ratio decidendi* e que, embora não seja construa precedente, pode servir para sinalizar eventual mudança de orientação do tribunal, por exemplo.

#### 4.1.5.1 A força vinculante dos precedentes

Como acima já se deixou transparecer a mais nítida objetivação no que tange ao sistema de precedentes foi a ampliação dos casos capazes de gerar vinculação de julgados futuros. Até o novo Código de Processo Civil, basicamente, apenas as decisões do STF em controle concentrado e as súmulas vinculantes eram capazes de produzir este efeito, salvo raras exceções no que tange ao Recurso Extraordinário acima trabalhadas.

Com o novo CPC, todavia, cria-se, por meio normativo (*frise-se!*) um verdadeiro sistema de precedentes, com uma série de possíveis decisões com força e capacidade de vinculação de julgados futuros. O art. 927 reitera que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal decorrentes de enunciados de súmula vinculante e do controle concentrado de constitucionalidade e vai além afirmando expressamente que também possuem força vinculante os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados<sup>235</sup>. Nota-se assim a clara ampliação das espécies de decisões com autoridade para funcionar como precedentes.

O sistema de precedentes possui assim claro aspecto objetivo, pois, como acima referido, permite que aqueles casos inicialmente subjetivos vão tecendo uma rede de entendimentos jurídicos vinculantes, permitindo que os interesses individuais transcendam para um prisma coletivo inicialmente não pensado. A relevância do sistema de precedentes está assim em seu caráter vinculante, na força que possui de modelar decisões posteriores.

Dessarte, como a própria nomenclatura sugere, o precedente é vinculante quando - diante de situações fáticas similares que lhe forem supervenientes - for capaz de conduzir o

---

<sup>235</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

resultado dessa nova decisão<sup>236</sup>, ou seja, o precedente vinculante obriga que os órgãos jurisdicionais, em sua própria fundamentação, acolham a tese jurídica anteriormente firmada. Essa força vinculante dos precedentes decorre do *stare decisis*, que é a força que um caso anterior possui de exigir coerência de um caso a ele posterior, decorrente de um antigo entendimento do Direito Romano, o *stare decisis et non quieta movere* (“aquilo que foi decidido deve ser respeitado”)<sup>237</sup>. O *stare decisis* foi mantido na tradição da *common law* e começou a ser reintroduzida em nosso sistema de *civil law*, inicialmente no sistema de controle concentrado de constitucionalidade e, agora, ampliado significativamente no novo CPC.

Uma observação relevante, todavia, é realizada por Juraci Mourão Lopes Filho, ao deixar claro, que há diferenças entre o *stare decisis* no sistema da *common law*, em que essa força vinculante dos precedentes é uma prescrição informal entre os juízes e fruto da prudência e outras razões, enquanto, no Brasil, é resultado de sucessivas imposições legislativas, como antes pontuado<sup>238</sup>. Além disso, o autor pondera que o sistema de precedentes não pode ser considerado como resultado de uma mera importação acrítica do instrumento do *stare decisis*, mas de um intercâmbio de diversos fatores a serem temperados pela Hermenêutica<sup>239</sup>.

Partindo desses temperamentos, considerando o *stare decisis* dentro de suas peculiaridades brasileiras e diante da previsão normativa pátria, costuma-se afirmar que ele possui duas vertentes: a vertical - os precedentes possuem força obrigatória sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores; a horizontal - os precedentes possuem força obrigatória sobre os tribunais criadores de entendimentos vinculantes. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina: “(a) é imprescindível que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões; (b) deve haver preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (...) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do país”<sup>240</sup>.

Diante disso, percebe-se que se estrutura um sistema que transcende interesses subjetivos, partindo desses interesses individuais e que orienta *aprioristicamente* a atuação do Judiciário. Esse sistema, indubitavelmente, revela importância ímpar em um ambiente de Macrojustiça, posto que, cada dia mais, surgem causas multitudinárias e com grande

---

<sup>236</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*. P. 455.

<sup>237</sup> “A doutrina do *stare decisis* (ou em sua fórmula mais extensa, *stare decisis et non quieta movere*), de todo modo, tem por pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Ibidem*. P. 1302.

<sup>238</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Ibidem*. P. 108.

<sup>239</sup> *Idem*. *Ibidem*. P. 113.

<sup>240</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Ibidem*.

repercussão coletiva, que exigem respostas em larga escala. Desse modo, o sistema de precedentes permite que - de forma objetiva - esses casos de amplo espectro possam ser com mais celeridade tratados pelo Judiciário, garantindo assim o cuidado com os direitos fundamentais direta ou indiretamente envolvidos.

#### 4.1.5.2 O sistema de precedentes

Segundo a doutrina do processual civil contemporânea<sup>241</sup>, o CPC/15 optou pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes a fim de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926<sup>242</sup> do CPC/15). Apesar de haver entendimento no sentido de que esse preceito tem cunho meramente pedagógico<sup>243</sup>, entende-se que ele possui aplicabilidade prática, gerando deveres a serem seguidos pelos tribunais na construção e manutenção de um sistema de precedentes.

O primeiro dever é o de uniformizar a jurisprudência, impondo-se ao tribunal que não seja omissivo na hipótese de divergência interna entre seus órgãos fracionários<sup>244</sup>. É por essa razão que o CPC/15 determina que os tribunais editem enunciados de súmula correspondentes a jurisprudência dominante (art. 926, §1º<sup>245</sup> do CPC/15), atentando-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (art. 926, §2º<sup>246</sup> do CPC/15).

Além desse, há o dever de manter a jurisprudência estável. Tal dever implica reconhecer que qualquer mudança de posicionamento seja devidamente justificada, além de ter a sua eficácia modulada<sup>247</sup>.

Nesse ponto, é extremamente importante observar o novo CPC recomendou a adoção de abertura procedimental (*típica da objetivação de processos*) para a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, posto que o art. 927, §2º do CPC/15 afirma que “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de

<sup>241</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.988.

<sup>242</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

<sup>243</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 133.

<sup>244</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*. p. 474.

<sup>245</sup> “§1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

<sup>246</sup> “§2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

<sup>247</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*.

súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

Fica nítido neste ponto que a realização de audiências públicas e a possibilidade de participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese é nítida abertura procedimental para garantir uma maior participação pública e debate na construção de teses jurídicas com capacidade de vinculação de toda a sociedade, pois, como anteriormente afirmado, visto que muitos dos problemas jurídicos da atualidade interessam a parcela mais ampla da sociedade, ou mesmo a toda sociedade, deve o sistema possibilitar a participação pública ampla, de modo a que todos os possíveis interessados possam expor, no processo, seus pontos de vista<sup>248</sup>.

Por fim, há os deveres de integridade e de coerência, que devem ser lidos em conjunto. A integridade, manifestando-se na imposição de que a jurisprudência seja construída de modo coeso, aliada à coerência, que, por seu turno, é relacionada a ideia de não-contradição e conexão positiva de sentido, almejando que a jurisprudência seja construída de forma consistente<sup>249</sup>.

A fim de garantir, efetivamente, a eficácia vinculante das decisões anteriormente mencionadas, o art. 988<sup>250</sup> do CPC/15 previu ser cabível reclamação nas seguintes hipóteses: a) para preservar a competência do tribunal; b) para garantir a autoridade das decisões do tribunal; c) para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e d) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (art. 927, §3º, do CPC/15); e que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, §4º, do CPC/15).

<sup>249</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*. p. 478.

<sup>250</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

<sup>251</sup> Percebe-se, portanto, que não foram contemplados com o instituto da reclamação: a) os enunciados da súmula simples do STF sobre matéria constitucional; b) os enunciados da súmula simples do STJ sobre matéria infraconstitucional; e c) as orientações firmadas pelos plenários ou pelos órgãos especiais dos tribunais. Embora o art. 927 do CPC/2015 determine que a observância de tais decisões pelas instâncias inferiores é obrigatória, o desrespeito ao entendimento nelas previsto não ensejará reclamação. Daí porque é possível concluir que esses precedentes, caso comparados aos contemplados com o cabimento de reclamação, malgrado obrigatórios, são

Derradeiramente, há um aspecto central dos precedentes que deve ser tomado em conta, tal como reflete Lopes Filho (por mais que aqui se siga uma linha de referencial teórico-filosófico diversa da utilizada pelo autor<sup>252</sup>), qual seja, o precedente é um ponto a necessariamente ser apreciado pelo julgador do caso futuro, logo, o precedente possui uma “força hermenêutica” não sendo aplicável por silogismo, mas se abrindo semanticamente para o interprete<sup>253</sup>, o que, nos termos desta pesquisa, significa o posicionamento do precedente como um dos *topói* argumentativos a ser enfrentado pelo julgador no momento da decisão, por via de consequência, objetivando esse julgamento.

#### **4.1.6 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

Acima foi citada, como uma das decisões que compõe o sistema de precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil, a decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que é uma criação da nova legislação processual e uma das mais ricas ferramentas processuais à disposição da Macrojustiça no atual ordenamento jurídico brasileiro. O IRDR, que não possui instituto correspondente no CPC/73, cuida de mecanismo apto a lidar com a litigiosidade repetitiva, algo muito corriqueiro quando se fala no ambiente macrojudicial, e vem disciplinado nos arts. 976<sup>254</sup> e ss. do CPC/15.

O incidente é uma das grandes inovações do novo diploma processual, cujo objetivo é firmar uma tese jurídica única aplicável a casos repetitivos, a partir de um procedimento incidental em que se forme um modelo da controvérsia, conferindo prestação jurisdicional isonômica e previsível aos jurisdicionados e reduzindo o asoerramento do Poder Judiciário com demandas repetitivas.

---

desprovidos da mesma efetividade que os precedentes cuja violação enseja reclamação. A correção da decisão que eventualmente os descumprir dependerá do sistema recursal tradicional.

<sup>252</sup> Juraci Mourão Lopes Filho expressamente declara utilizar como referencial teórico e filosófico a Hermenêutica Filosófica no nível da infraestrutura e o paradigma sistêmico de Dworkin na camada profunda da ideologia (*Ibidem*. P. 260), enquanto aqui se segue a linha teórico-filosófica do pensamento sistêmico e procedimental de Luhmann, tal como desenvolvido no capítulo anterior.

<sup>253</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Ibidem*. P. 275.

<sup>254</sup> “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. §º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. §2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. §3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. §4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. §5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Trata-se, assim, de mais um instrumento colocado à disposição do Poder Judiciário a fim de uniformizar a jurisprudência e conferir maior estabilidade e coerência às decisões judiciais para, com isso, conter a litigiosidade em massa e evitar a instabilidade gerada pela coexistência de decisões conflitantes aos que se encontram na mesma situação jurídica<sup>255</sup>.

É interessante observar que ainda há alguma controvérsia acerca da natureza jurídica do IRDR, existindo autores que defendem seu caráter subjetivo. Os autores que defendem este viés o fazem por afirmar que, no incidente, não há apenas a resolução da questão de direito, mas também o julgamento do caso que conduziu à formação do incidente<sup>256</sup>.

Para os autores que sustentam esta vertente, o caso que deu origem ao IRDR passa a ser chamado de “causa-piloto” e ocorre um “julgamento por amostragem”, cuja característica é a unidade de julgamento, uma vez que o mesmo órgão que aprecia a questão abstrata julga o processo originário. Nesse sentido, a *ratio decidendi* do julgamento da questão de direito é reproduzida em todos os processos em que esta mesma temática esteja sendo fruto do debate.

Por outro lado, parcela da doutrina entende que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese jurídica, sem resolver o conflito subjetivo<sup>257</sup>. Nesta hipótese, definir-se-á a tese em abstrato que, em momento posterior, será aplicada a todos os processos que tratem da mesma questão. Haveria, portanto, uma cisão cognitiva, ainda que

---

<sup>255</sup> NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *Cabimento, admissibilidade, extensão do sobrestamento dos processos e das teses jurídicas fixadas no incidente de resolução de demandas repetitivas*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; DANTAS, Bruno; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 267.

<sup>256</sup> Nessa linha: “[...] uma vez instaurado o IRDR, o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além de decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros. Assim, por força da exigência legal de que o tribunal não se limite a fixar a tese, mas julgue, como causa-piloto, o processo em que instaurado o incidente, impõe-se que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal, sob pena de se promover uma inadequada e ilegítima supressão de instância”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 413.

<sup>257</sup> “Procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato – ou objetivo – das questões de direito controvertidas, comuns às demandas seriadas, a partir da criação de um procedimento-modelo. Não haverá, no espaço de resolução coletiva do incidente, o julgamento da(s) causa(s) propriamente dita(s), mas apenas a definição jurídica da questão jurídica controvertida, que será posteriormente adotada para o julgamento da(s) causa(s) de onde este se originar, bem como nas demais demandas repetitivas fundadas em igual questão”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Doutrinas Essenciais: Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 4.

virtual e não física. Essa técnica é denominada “causa-modelo”, sendo a ela conferido contornos objetivos, segundo esta parcela doutrina<sup>258</sup>.

Segundo o parágrafo único do art. 978 do CPC/15, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Isso leva a crer que o IRDR se aproxima do modelo de “causa-piloto”, já que o próprio órgão que julga a tese jurídica também tem aptidão para julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária.

No entanto, considerando que o objeto do IRDR é questão de direito, almejando o instituto a fixação de “tese jurídica”, necessariamente, haverá uma cisão no julgamento. Inicialmente, o órgão jurisdicional competente apreciará a questão de direito e fixará a tese jurídica a ser aplicada aos processos fruto do debate, para, somente então, resolver o conflito subjetivo.

Particularmente, aqui se sustenta que a doutrina em questão está criando uma distinção desnecessária no que tange ao instituto, posto que, não é porque a “causa-piloto” possui uma demanda subjetiva em si a ser resolvida, que não poderá haver a objetivação do processo com a fixação da tese jurídica a ser aplicada nos demais casos. Desde o início desta pesquisa, com base em Vieira de Andrade, vem-se afirmando que as perspectivas subjetiva e objetiva não são antagônicas, mas complementares. A dimensão objetiva é uma “mais-valia” em relação à dimensão subjetiva<sup>259</sup>, logo, o IRDR, em que pese tenha um aspecto subjetivo (resolução da demanda individual da “causa-piloto”), possui um aspecto objetivo bastante aflorado ao fixar a tese jurídica e resolver um incontável número de casos análogos.

Os próprios pressupostos para o cabimento do IRDR revelam seu aspecto objetivo, pois deixam clara a necessidade de a situação em questão transcender os aspectos individuais. Tratam-se dos seguintes: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (art. 976, I do CPC/15); e b) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II do CPC/15).

Inicialmente, vale esclarecer que o termo “cabível” revela a intencionalidade do legislador no sentido de caracterizar o IRDR como uma possibilidade. Isso não significa, contudo, que haja uma discricionariedade em sua instauração, mas que ele é deflagrado a partir da aferição de cumprimento de seus pré-requisitos – ou seja, se a alegada proliferação de processos envolvendo a mesma questão de direito é de fato existente, a ponto de pôr em

---

<sup>258</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>259</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. P. 142.

risco a isonomia entre os casos a serem julgados – e não tão logo constatada uma dada situação-base<sup>260</sup>.

Ademais, os dois requisitos, além de presentes cumulativamente, devem se revelar manifestamente, isto é, não podem ser meramente potenciais ou virtuais<sup>261</sup>.

Outro ponto a demonstrar a objetividade de sua natureza é o dos legitimados para instaurar o incidente, quais sejam: o juiz ou relator de causa em que a questão controvertida surja, ressaltando que eles podem fazer isso *ex officio*; as partes também podem suscitar o IRDR; e, por fim, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por petição, também podem propor a instauração do incidente (art. 977<sup>262</sup> do CPC/15).

Os legitimados revelam justamente o aspecto dúplice do instituto, que possui uma faceta subjetiva, visto que permite que as próprias partes o suscitem, como possui um viés objetivos, prescindindo a atuação particular subjetiva para que os direitos em jogo sejam tutelados, sejam por meio da possibilidade de o juiz agir de ofício (vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais), seja por meio do Ministério Público ou da Defensoria Pública, instituições com legitimação adequada e da adequada representação<sup>263</sup> para a tutela coletiva, que não precisam sequer ser provocadas pelos particulares para atuarem na defesa de interesses sociais.

Qualquer que seja o legitimado, exige-se que se instrua a peça com prova pré-constituída que demonstre o preenchimento dos requisitos antes indicados, ou seja, da pendência de múltiplas demandas envolvendo apenas a mesma questão de direito, com risco à isonomia e à segurança jurídica, sem que haja definição de afetação de recurso repetitivo em tribunal superior.

Mais um elemento destaca o caráter objetivo do instituto é o fato de, uma vez admitida a formação do incidente, a desistência ou o abandono do processo, bem como

---

<sup>260</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 320.

<sup>261</sup> “[...] não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras. É necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente já no momento em que é instaurado o incidente. É o que se extrai do art. 976, I, quando alude à necessidade de haver ‘efetiva repetição de processos’”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 430.

<sup>262</sup> “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente”.

<sup>263</sup> ZANETI Jr. Hermes. *A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: A Substituição Processual Decorrente do Jurídico*. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 230.



qualquer causa extintiva do feito, não impedem o exame de mérito da questão (art. 976, §1º do CPC/15). Em tais casos, competirá ao Ministério Público intervir no incidente, dando-lhe prosseguimento até sua final decisão (art. 976, §2º do CPC/15). Neste ponto, a legislação processual aplicou ao IRDR um dos aspectos característicos dos processos objetivos, tal como já existia no regime jurídico pré-CPC/15, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade. Tal desistência não impede o julgamento, justamente em razão de aquela causa não ser apenas subjetiva, mas por interessar ao próprio sistema jurídico como um todo, transbordando dos aspectos individuais e moldando toda a compreensão do ordenamento jurídico sobre aquele tema.

A admissão do incidente compete ao órgão colegiado a quem é atribuída a uniformização de jurisprudência do tribunal, na forma do que dispõe o regimento interno do respectivo tribunal (art. 978<sup>264</sup> do CPC/15).

Distribuído e admitido o incidente, o seu relator deverá determinar a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em que se debata exclusivamente a questão de direito a ser examinada, no território de abrangência do tribunal (art. 982, I<sup>265</sup> do CPC/15), comunicando essa decisão a todos os órgãos jurisdicionais competentes da área afetada (art. 982, §1º<sup>266</sup> do CPC/15)<sup>267</sup>.

Novamente o CPC determina a abertura à participação pública do procedimento, ao preceituar que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, estatuinto ainda que o relator poderá realizar audiência pública e ouvir especialistas sobre a matéria debatida, que podem oferecer-lhe

---

<sup>264</sup> “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

<sup>265</sup> “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; (...)”.

<sup>266</sup> “§1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes”.

<sup>267</sup> Determinada a suspensão dos processos envolvidos, é possível que surja conflito diante de algum processo específico. Isso porque tanto o magistrado da causa pode entender que naquele processo a questão é diversa daquela submetida ao incidente de julgamento de processos repetitivos e, por isso, não determinar a sua suspensão, quanto poderá entender o contrário. Embora o código não discipline especificamente essa situação, discordando de qualquer uma dessas decisões, o interessado poderá requerer, ao próprio juiz onde tramita a demanda (ou ao relator, se a causa já tramitava perante o tribunal), o prosseguimento ou a suspensão da causa, por meio da realização do *distinguishing*. Dessa decisão, caberá agravo de instrumento (art. 1.015, II, do CPC/15) ou agravo interno, caso a causa já esteja sujeita à competência do tribunal. Os processos permanecerão suspensos, a priori, pelo prazo de um ano (art. 980 do CPC/15), mesmo lapso temporal em que deverá ser julgado incidente. Cessado esse prazo, os processos voltam a correr normalmente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido diverso (art. 980, parágrafo único do CPC/15).

subsídios para a melhor decisão da controvérsia (art. 983<sup>268</sup> do CPC/15). Por tudo o aqui já exposto, não há dúvidas do caráter objetivo deste aspecto.

Não bastasse tudo isso, o CPC/15, além dos aspectos de objetivação já aqui já tratados, ao se referir à decisão sobre o IRDR, de forma inicial em nosso ordenamento, garante à sociedade (embora de forma ainda tímida), um pouco do que é aqui defendido como tese, ou seja, um debate da decisão judicial com o processo objetivado, ao afirmar, expressamente, no parágrafo segundo do art. 984 que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

Não obstante o legislador tenha sido demasiadamente comedido, referindo-se apenas “teses jurídicas discutidas”, há neste ponto uma indicação de que o Judiciário tem de dialogar com esses aspectos objetivados do procedimento, ou seja, deve dialogar com as teses apresentadas pela sociedade por meio dos *amici curiae*, dos especialistas ou mesmo com as instituições de representação social (Ministério Público e Defensoria Pública), estabelecendo assim balizas mínimas a serem enfrentadas pelo julgador para se desincumbir de seu ônus argumentativo.

Tudo isso é fundamental, porquanto será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de abrangência do tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais (art. 985<sup>269</sup> do CPC/15)<sup>270</sup>, o que, como assaz afirmado, é fundamental para a solução de demandas repetitivas típicas da Macrojustiça.

---

<sup>268</sup> “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. §1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. §2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente”.

<sup>269</sup> “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

<sup>270</sup> Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme se discuta matéria de direito constitucional ou federal (art. 987 do CPC/15). Ao admitir recursos dessa natureza, almeja-se evitar que eventual desacerto em tese firmada implique maior risco à isonomia e à segurança jurídica. Pela mesma razão, tais recursos são dotados de efeito suspensivo (art. 987, §1º do CPC/15). Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, §2º do CPC/15). Por fim, vale mencionar que eventual não observância da tese fixada no IRDR sujeita a decisão à reclamação (art. 988 IV do CPC/15)

#### 4.1.7 Incidente de Assunção de Competência

Seguindo linha semelhante e complementar ao IRDR, o novo CPC instituiu o Incidente de Assunção de Competência (IAC), cabível sempre que o julgamento de recurso, reexame necessário ou causa sujeita à competência originária de tribunal tratar de questão de direito relevante, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947<sup>271</sup> do CPC/15).

Nesses termos, o IAC possui uma função complementar e *preventiva* ao IRDR, por afirmar que é cabível em casos “sem repetição em múltiplos processos”, ou seja, caso haja efetiva repetição em múltiplos processos, o adequado é o IRDR. Isso posto, a finalidade do IAC é, diante de casos com grande repercussão social, mas que ainda não se tornaram multitudinários, possa-se, preventivamente, já levar tal controvérsia ao Tribunal competente para fixar a tese jurídica e assim impedir a multiplicação de problemas. *Contrario sensu*, quando há repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito deverá ser instaurado o IRDR, não sendo caso de IAC.

Com efeito, no julgamento do incidente de assunção de competência haverá a formação de tese jurídica que se tornará precedente de obrigatória observância pelos juízes e demais órgãos fracionários vinculados ao tribunal (art. 947, §3º do CPC/15), resolvendo nesses termos a controvérsia e impedindo a proliferação de feitos.

A finalidade do instituto é a de consolidar a compreensão do tribunal a respeito de certa questão de direito relevante, tornando clara a orientação para a população e para os outros órgãos judiciários, de sorte a promover o princípio da isonomia aos jurisdicionados, garantindo que em processos idênticos seja dada a mesma solução pelo órgão julgador<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. §1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. §2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. §3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. §4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

<sup>272</sup> CAMPOS, Rogério et al. *Novo código de processo civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 565.

No IAC, tal como no IRDR, também há o julgamento do problema jurídico da “causa-piloto” (*face subjetiva do instituto*), como a fixação da tese jurídica a ser aplicada nos casos análogos futuros (*face objetiva do instituto*)<sup>273</sup>.

Da leitura do CPC/15, é possível extrair três requisitos cumulativos para o processamento do IAC: a) a existência de um recurso, de um reexame necessário ou de uma ação de competência originária a ser apreciado pelo tribunal; b) o processo deve envolver relevante questão de direito; e c) não deve existir repetição do tema relevante em múltiplos processos.

Os legitimados para a propositura do IAC são os mesmos do IRDR, ou seja, o relator responsável pelo julgamento do feito, de ofício; as partes podem requerer; assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Tal como dito em relação ao IRDR, esses fatores ressaltam o caráter objetivo do instituto.

O CPC/15 não detalhou o procedimento do IAC, mas a doutrina vem sustentando a aplicação subsidiária do procedimento do IRDR, destaca-se:

“Entendemos, por tal razão, que ao procedimento da assunção de competência deve-se aplicar, no que couberem, disposições dedicadas ao julgamento de casos repetitivos (p. ex., para citar disposições relacionadas ao incidente de resolução de demandas repetitivas aplicáveis ao incidente de assunção de competência: quanto a dar-se ‘mais ampla e específica divulgação e publicidade’, cf. art. 979 do CPC/2015; quanto a mais quanto [*sic*] à participação de *amici curiae*, cf. art. 983 do CPC/2015; e, ainda, quanto à fundamentação da decisão que o julgar, a necessidade de se analisarem *todos* os fundamentos relativos à adoção de determinada posição, cf. art. 984, §2º do CPC/2015 etc.)”<sup>274</sup>

Com base em José Miguel Garcia Medina, pode-se notar que os principais aspectos que levam à afirmação de ser o IRDR uma manifestação de um procedimento objetivado no seio do novo CPC também são aplicáveis ao IAC, razão pela qual não restam dúvidas de ser este também uma manifestação de um procedimento objetivado de tutela de direitos.

#### 4.1.8 Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção (MI) foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI<sup>275</sup> da CF/88), sendo uma ação constitucional de caráter civil, de procedimento especial e de rito sumaríssimo, que visa a suprir uma omissão

<sup>273</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1345.

<sup>274</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Ibidem*. P. 1353.

<sup>275</sup> “Art. 5º. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista no texto constitucional, desde que inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, com o fim de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais.

Nesses termos, o Mandado de Injunção é uma garantia constitucional para todo e qualquer indivíduo que se sinta prejudicado por omissão legislativa na regulamentação dos direitos acima citados. O Mandado de Injunção possui assim, em sua gênese, o caráter de ação de cunho subjetivo, contrastando com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de cunho objetivo.

Não obstante esse caráter subjetivo inicial, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), já há algum tempo indicava a objetivação também dessa ação constitucional. Um primeiro aspecto de tal objetivação foi a admissão pela jurisprudência do STF da impetração de Mandado de Injunção Coletivo, apesar de, à época, não haver regulamentação legal específica. O STF admitia que os mesmos que podiam impetrar o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX<sup>276</sup> CF/88), ou seja, organização sindical, entidade de classe, associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, poderiam ser legitimados para o Mandado de Injunção Coletivo<sup>277</sup>.

Esse ponto, recentemente, todavia, ganhou nova dimensão com a criação da Lei nº. 13.300/16, a Lei do Mandado de Injunção, que, finalmente, regulamentou o instituto e, em claro movimento de objetivação, por meio do seu art. 12<sup>278</sup>, criou normativamente o Mandado

---

<sup>276</sup> “Art. 5º. LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

<sup>277</sup> “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. (...)”. (MI 689, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 18-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02243-01 PP-00001 RTJ VOL-00200-01 PP-00003 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 139-143).

<sup>278</sup> “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando

de Injunção Coletivo, que, apesar de já encontrar autorização na jurisprudência do STF, sequer possui previsão constitucional e, não bastasse isso, ampliou o rol dos legitimados, permitindo sua impetração também pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, que, como anteriormente citado, por serem instituições com legitimação adequada e da adequada representação<sup>279</sup> para a tutela coletiva, podem atuar *spont propria* na defesa de interesses sociais, o que revela uma prescindibilidade da atuação individual para a proteção de direitos fundamentais, o que é típico de um regime jurídico objetivado.

Outro tema de relevo e destaque no plano da objetivação do Mandado de Injunção é o dos possíveis efeitos de sua decisão. Tradicionalmente, há três correntes básicas sobre a eficácia da decisão em Mandado de Injunção: a) a que defende que o MI apenas enseja a comunicação do órgão responsável pela omissão (*Teoria da Subsidiariedade*); b) a que autoriza o Judiciário a suprir a omissão, criando regra de maneira *erga omnes* (*Teoria da Independência Jurisdicional*); c) a que autoriza o Judiciário a criar regra para suprir a omissão apenas para o caso concreto. (*Teoria da Resolutividade*).

Inicialmente, o STF entendia que o MI apenas teria como efeito a comunicação ao ente responsável pela norma de sua omissão, sendo uma decisão baseada em uma concepção de separação estrita de poderes (MI N.º. 107<sup>280</sup>). Tal concepção é também chamada de corrente não concretista, tendo predominado ao longo da jurisprudência do STF, em que pese as variadas críticas da doutrina<sup>281</sup>.

A jurisprudência do STF com relação ao MI, contudo, sofreu profundas transformações, passando a admitir a posição concretista individual direta, ou seja, a criação de norma para o caso concreto e pontual; aceitando também a posição concretista individual

a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5o da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”.

<sup>279</sup> ZANETI Jr. Hermes. *Ibidem*.

<sup>280</sup> “EMENTA: - Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem ‘legitimatío ad causam’, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença à categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrario, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido”. (MI 107, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, DJ 02-08-1991 PP-09916 EMENT VOL-01627-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-01 PP-00001).

<sup>281</sup> MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 6ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. P. 234.

intermediária, ou seja, o estabelecimento de um prazo para a manifestação do ente competente e, em não acontecendo, o direito já está aplicável independentemente de normatização específica; tendo admitido, inclusive, ainda que em julgados pontuais, a posição concretista geral em que o julgador de plano poderia criar lei *erga omnes*, suprindo a omissão.

A posição concretista individual direta (corrente doutrinária majoritária) afirma que o Judiciário concretiza a norma não para todos, mas tão somente com efeitos *inter partes*. Apenas a parte que impetrou a ação é atingida pela decisão do Mandado de Injunção<sup>282</sup>. Esta solução foi adotada no MI N°. 721<sup>283</sup>, em que o STF, expressamente, afirmou que “inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral”, fazendo com que servidora pública vinculada a regime próprio de previdência passasse a gozar do benefício de aposentadoria especial, nos moldes da legislação do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91<sup>284</sup>) mesmo sem a regulamentação legal do art. 40, §4º<sup>285</sup> da CF/88, que trata desse direito por parte dos servidores públicos.

Por sua vez, a posição concretista individual intermediária sustenta que o Judiciário deve primeiro dar ciência ao Poder competente acerca de sua omissão (efeito da teoria não concretista), porém fixando prazo para que a omissão seja suprida. Decorrido esse

<sup>282</sup> *Idem. Ibidem.* Pp. 235-236.

<sup>283</sup> “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”. (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)”

<sup>284</sup> “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício”.

<sup>285</sup> “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

prazo, caso a omissão não seja suprida, o Judiciário edita a norma concreta (efeito da teoria concretista). Essa teoria foi utilizada pelo STF no julgamento do MI N<sup>o</sup>. 562/RS<sup>286</sup>.

O MI, na jurisprudência do STF, foi assim caminhando para um viés, inegavelmente, mais objetivo com a adoção, em determinados casos, até mesmo da corrente concretista geral, sustentando que o Judiciário pode “regular a aplicação” da norma constitucional com efeitos *erga omnes*. No particular, haveria a “criação” ou a “aplicação de uma norma por analogia” para regulamentar a norma constitucional, sendo tal “criação/aplicação” extensível a todos os casos que tenham o mesmo objeto em âmbito nacional. Esta foi a vertente respaldada pelo STF nos MI's N<sup>o</sup>. 670<sup>287</sup>, N<sup>o</sup>. 708<sup>288</sup> e N<sup>o</sup>. 712<sup>289</sup>,

<sup>286</sup> “MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup> DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, ‘hic et nunc’, de uma situação de inatividade inconstitucional’. (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3<sup>o</sup> do art. 8<sup>o</sup> do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3<sup>o</sup> do art. 8<sup>o</sup> do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do ‘quantum’ devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte”. (MI 562, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 20-06-2003 PP-00058 EMENT VOL-02115-02 PP-00260).

<sup>287</sup> “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5<sup>o</sup>, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)”. (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

<sup>288</sup> “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5<sup>o</sup>, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA



nos quais se determinou a aplicação da lei de greve do setor privado (Lei 7.783/89) a todo o funcionalismo público, ante a ausência de lei regulamentadora do art. 37, VII<sup>290</sup> da CF/88.

Assim sendo, como afirma Rodrigo Mazzei, “com base nos julgados mais recentes do STF, portanto, é possível se verificar que se firma uma posição orientada pela resolutividade”<sup>291</sup>, cabendo complementar que esta resolutividade, de forma ainda mais relevante, tem se aplicado com caráter *erga omnes*.

Esse entendimento foi definitivamente confirmado na Lei nº. 13.330/16, nos seus arts. 8º e 9º<sup>292</sup>, ao afirmar que, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado, poderá o Judiciário estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, tendo a decisão eficácia subjetiva limitada às

SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CÍVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)”. (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

<sup>289</sup> “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL”. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

<sup>290</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>291</sup> MAZZEI, Rodrigo. *Ibidem*. P. 252.

<sup>292</sup> “Art. 8º. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. Art. 9º. A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. §1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. §2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. §3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios”.

partes, podendo, todavia, ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, deixando claro que a legislação adotou uma teoria concretista intermediária individual como regra geral, podendo, excepcionalmente, ter até mesmo caráter coletivo ou mesmo geral a depender da natureza dos direitos envolvidos na demanda.

Ante essas modificações drásticas, mormente, na possibilidade de o instrumento originariamente subjetivo e individual poder, na atual conjuntura constitucional, ser manejado de forma coletiva e gerar efeitos *erga omnes*, torna-se manifesta a objetivação pela qual este processo de tutela de direitos fundamentais foi submetido.

#### **4.1.9 Habeas Corpus**

Para encerrar a demonstração sobre alguns dos instrumentos processuais já objetivados no sistema jurídico brasileiro, nada melhor do que tratar da típica ferramenta do processo penal, o *Habeas Corpus*, para enfatizar que a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais é algo possível de forma geral no Direito e não apenas no processo civil.

A objetivação do remédio constitucional garantidor da liberdade pode ser demonstrada sob três aspectos iniciais: na possibilidade de se aplicar efeitos *erga omnes* a *Habeas Corpus* individual; na possibilidade de seu acatamento na modalidade coletiva, tema que é/foi durante bastante tempo objeto de controvérsia; e na possibilidade de ele conviver com instrumentos de abertura procedimental-participativa.

Com relação a ampliação dos efeitos do *habeas corpus*, viu-se, no início deste capítulo, que no controle concreto de constitucionalidade, a regra é que as decisões sejam dotadas de efeito *inter partes*. No entanto, o Supremo vem aplicando efeitos *erga omnes* e vinculante a algumas decisões em controle concreto, o que ocorreu, por exemplo, no já citado HC 82.959/SP, o caso da possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, hipótese em que a eficácia *erga omnes* da decisão do STF foi reforçada pelo manejo a Reclamação Nº. 4.335/AC,

A alegação da reclamação foi a existência de ofensa à decisão do Plenário do STF, que havia declarado inconstitucional o dispositivo que vedava a progressão nos crimes hediondos em caso análogo. A referida Reclamação foi julgada procedente, confirmando o entendimento liminar, ratificando a tendência à objetivação deste controle concreto de

constitucionalidade. Essa transcendência da força do julgado para além dos aspectos individuais revela uma interessante possibilidade de objetivação do *Habeas Corpus*.

Outro aspecto caracterizador da objetivação do *Habeas Corpus* é possibilidade de sua impetração na modalidade coletiva. Como pontua Jorge Bheron Rocha, durante certo período de tempo, a jurisprudência do STF não admitiu “a concessão da ordem para coletividades indeterminadas e indetermináveis, ao argumento de impossibilidade de se conceder HC de caráter genérico, em razão de a lei exigir a identificação”<sup>293</sup>. O tema fora objeto de controvérsia relativamente recente no seio do próprio STF, no caso do HC 143.704<sup>294</sup>, em que a Defensoria Pública do Paraná pleiteou ordem em favor de coletividade indeterminada formada por todas as pessoas que desejassem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba, no calor de protestos envolvendo a chamada “Operação Lava Jato”. A liminar foi indeferida pelo ministro Celso de Mello sob o argumento de o Código de Processo Penal, em seu artigo 654, § 1º, “a” inadmitir *Habeas Corpus* em favor de pessoas indeterminadas.

O tema, todavia, voltou à discussão no STF, no bojo da discussão sobre, no interesse de maior proteção à gestante e à criança, ser possível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, podendo a mãe ou gestante permanecer recolhida em sua residência em substituição ao cárcere convencional.

Vale frisar que, por força da Lei nº. 13.257/16, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, houve a alteração do art. 318 do Código de Processo Penal (CPP), que trata das hipóteses em que se admite a prisão domiciliar, no sentido de: a) modificar a redação do inciso IV, de forma a remover as restrições impostas à gestante ao gozo do benefício (mínimo de sete meses de gestação ou gravidez de alto risco); b) incluir o inciso V, possibilitando a incidência da prisão domiciliar à mulher com filho de até doze anos

---

<sup>293</sup> ROCHA, Jorge Behron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista#author>. Acesso em: 05.07.18.

<sup>294</sup> “EMENTA: ‘Habeas corpus’. Impetração em favor de uma coletividade de cidadãos. Indeterminação subjetiva dos pacientes. Pessoas não identificadas. A questão dos pacientes anônimos. Inobservância do requisito fundado no art. 654, § 1º, “a”, do CPP. Consequente inviabilidade de utilização do “writ” constitucional. Entendimento prevalecente na jurisprudência do STF. Magistério da doutrina. Ação de “habeas corpus” de que não se conhece. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de pacientes anônimos, porque sequer identificados pela parte impetrante, firmou-se no sentido da inadmissibilidade do remédio de “habeas corpus”, pelo fato de revelar-se inviável, em face do que prescreve o art. 654, § 1º, “a”, do CPP, a utilização desse instrumento processual, quando ajuizado em favor de grupos caracterizados por sua indeterminação subjetiva. Precedentes. Doutrina” (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 143.704-PARANÁ. RELATOR: MIN. Celso de Mello. PACTE.(S): Coletividade formada por todas as pessoas que desejarem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba. IMPTE.(S): Defensoria Pública do Estado do Paraná. ADV.(A/S): Defensor Público-Geral do Estado do Paraná. COATOR(A/S)(ES): Relator do HC Nº 398.412 do Superior Tribunal De Justiça)

de idade incompletos; e c) incluir o inciso VI, permitindo a substituição da pena preventiva ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

Diante disso, o coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu de São Paulo impetrou um *Habeas Corpus Coletivo* perante o STF, tendo como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e as próprias crianças, a fim de que fosse concedida a ordem no sentido de revogar a prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

Após a impetração, a Defensoria Pública do Estado do Ceará pleiteou o seu ingresso como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*, medida que foi igualmente adotada pelas Defensorias Públicas do Estado do Paraná e do Mato Grosso.

Posteriormente, a Defensoria Pública da União foi intimada a manifestar o interesse em atuar no feito, tendo ingressado no polo ativo da demanda. Considerando se tratar de *Habeas Corpus Coletivo* e dizer respeito a ação cujos efeitos poderiam ter abrangência nacional, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, entendeu ser possível uma analogia com a aqui já comentada Lei nº. 13.300/16, Lei do Mandado de Injunção, que o admite na modalidade coletiva e sendo um de seus legitimados a Defensoria Pública (art. 12, IV da Lei nº. 13.300/16).

Em seguida, requereram habilitação na qualidade de *amici curiae* as Defensorias Públicas São Paulo, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Tocantins, Sergipe, Amapá, Roraima, Rondônia, Paraíba, Pará, Goiás, Maranhão, Piauí, Paraíba, Rio Grande do Norte.

Sem adentrar no mérito da modalidade de intervenção adotada (*amicus curiae* ou *custus vulnerabilis*), o Relator admitiu a habilitação como terceiros interessados de todas as Defensorias Públicas que fizessem requerimento em tal sentido.

Por fim, também reivindicaram a participação no processo enquanto *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, o Instituto Terra Trabalho e Cidadania – ITTC, a Pastoral Carcerária, o Instituto Alana, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos – IDDD.

Durante a tramitação do HC, a Procuradoria-Geral da República, em mais de uma oportunidade, opinou pelo não conhecimento do *writ*, sob os seguintes fundamentos: a) seria

manifestamente incabível o *Habeas Corpus Coletivo*, uma vez que seria impossível a concessão de ordem genérica, sem individualização de beneficiário, e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas; e b) o caso em exame diria respeito a direitos de coletividades indeterminadas e indetermináveis, com reflexos inclusive futuros, o que não se poderia admitir; c) a concessão de *Habeas Corpus* dependeria do imprescindível exame de eventual situação de constrangimento no caso concreto, o que seria inviável em âmbito coletivo; e d) o *Habeas Corpus* serviria apenas à proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, não podendo ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal.

Por outro lado, em favor da possibilidade de impetração do *Habeas Corpus* coletivo foram levantados os argumentos a seguir: a) com base no art. 25, I da Convenção Americana de Direitos Humanos, seria possível a impetração de HC coletivo em defesa da liberdade de locomoção de determinados grupos de pessoas, considerando-se o caráter sistemático de práticas que resultam em violação maciça de direitos; b) o acolhimento do HC ensejaria economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais, evitando-se a multiplicação de processos semelhantes; c) a identificação dos pacientes não seria elemento imprescindível ao conhecimento do HC coletivo; e d) as ações constitucionais, a exemplo do mandado de segurança e do mandado de injunção, caminhavam em direção a soluções coletivas.

Isso posto, não obstante a manifestação contrária do Ministério Público Federal, o STF, de forma histórica, entendeu, no HC 143641<sup>295</sup>, ser possível seu manejo na modalidade coletiva, posto que seria única solução viável para garantir o efetivo acesso dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista econômico à Justiça, frisando ainda que há em curso uma permissibilidade da utilização coletiva de diversos institutos, como, por exemplo, o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção.

---

<sup>295</sup> Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

Além disso, ressaltou que o *Habeas Corpus* se prestaria a salvaguardar a liberdade. Assim, se o bem jurídico ofendido é o direito de locomoção, quer pessoal, quer de um grupo determinado de pessoas, o instrumento processual para resgatá-lo seria o *Habeas Corpus*, individual ou coletivo. Nesse sentido caminharia a sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, assumindo as lesões a direitos cada vez mais caráter coletivo.

Ademais, apesar de não haver uma previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, existiriam dois dispositivos legais que, indiretamente, encorajariam a superação do posicionamento que defenderia o não cabimento do *writ* coletivo, quais sejam: o art. 654, §2º<sup>296</sup> do CPP, que permite a concessão do *Habeas Corpus* de ofício por juízes e tribunais e o art. 580<sup>297</sup> do mesmo diploma legal, que autoriza que a ordem concedida em determinado *Habeas Corpus* seja estendida para todos na mesma situação.

Por fim, entendeu que a indeterminabilidade das pacientes não seria óbice ao julgamento do *Habeas Corpus Coletivo*, porquanto a possibilidade de que, caso concedida a ordem, a situação fosse estendida a todas aquelas que se encontrassem na mesma situação seria uma das consequências normais do instrumento.

Desse modo, no mérito, a Corte concedeu a ordem de *Habeas Corpus Coletivo* para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319<sup>298</sup> do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º<sup>299</sup> do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), enquanto perdurasse tal condição, estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional<sup>300</sup>. Na oportunidade, contudo, a corte excetuou os seguintes

<sup>296</sup> “Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. §2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

<sup>297</sup> “Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.11”.

<sup>298</sup> “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...)”.

<sup>299</sup> “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

<sup>300</sup> Entendeu o STF que a grave deficiência estrutural do no sistema carcerário brasileiro submetia diversas mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, a situações degradantes, resultantes da privação de cuidados pré-natal e pós-parto e da carência de berçários e creches. Além disso, entendeu o Tribunal existir no Brasil a chamada “cultura do encarceramento”, que se revelaria pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em condições que ferem a dignidade dessas últimas, com prejuízos inclusive para as respectivas crianças. De outra parte, esclareceu a Corte que o Brasil sequer teria logrado êxito em garantir o bem-estar de gestantes e mães não inseridas no sistema prisional, mesmo que o cuidado com a

casos, em que não seria autorizada a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar: a) crimes praticados pela mulher mediante violência ou grave ameaça; b) crimes praticados pela mulher contra seus descendentes; ou c) em situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

O HC 143641 torna-se assim o pedagógico *leading case* da objetivação do *Habeas Corpus*, fazendo com que a ancestral de todas as garantias fundamentais, finalmente, transcenda seu histórico sentido subjetivo-individual, podendo ser manejado por instituições públicas voltadas para defesa de interesses sociais (Defensoria Pública e Ministério Público), afetando um número incontável (indeterminado e indeterminável) de pessoas, permitindo um amplo debate público sobre severos problemas sociais (v. g., o encarceramento em massa de mães e gestantes e, por via de consequência, de crianças nascidas em prisões), com participação social através de representantes investidos no papel de *amici curiae* ou *custodes vulnerabilis* e, principalmente, resolvendo de maneira célere e em larga escala macroproblemas sociais de grave repercussão política e jurídica.

#### **4.2 A importância dos mecanismos de tutela objetiva de direitos fundamentais no ambiente da Macrojustiça**

Por tudo o aqui já exposto, acredita-se que já restaram claras as razões pelas quais, em um contexto de Macrojustiça, a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais mostra-se preciosa. Não obstante isso, afigura-se importante repisar o tema para, a partir dos exemplos já presentes no ordenamento jurídico e na jurisprudência pátrias, sistematizar essas contribuições.

Nesses termos, sendo a Macrojustiça a manifestação judicial diante problemas jurídicos de interesse toda ou significativa parcela da sociedade e com decisões marcadas por severa repercussão política, econômica ou social, gerando assim uma exacerbação do extrajurídico sobre o técnico-jurídico, as ferramentas de objetivação aqui apresentadas revelam-se importantes sobre diferentes aspectos:

*i) proporcionam celeridade e eficiência no trato dos macroproblemas jurídico-sociais:* diante dos casos acima narrados, vê-se que tais ferramentas autorizam que órgão

---

saúde maternal, conforme a ONU, fosse prioritário. Ademais, ressaltou que mormente as crianças sofreriam as consequências desse quadro de flagrante violação aos seus direitos fundamentais, o que resultaria em impactos ao seu bem-estar físico e psíquico e em danos ao seu desenvolvimento, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos das crianças e adolescentes.

públicos iniciem procedimentos para a tutela geral da coletividade, prescindindo de atuação individual, facilitando o acesso da população à Justiça e garantindo um enfrentamento *a priori* de problemas que, tratados no varejo judicial, demorariam a ser resolvidos e teriam alto potencial de ferimento da isonomia entre pessoas com idênticos problemas, mas com diferentes ações judiciais;

*ii) proporcionam um maior debate público sobre o tema:* as ferramentas de objetivação estão sempre acompanhadas da abertura procedimental, mormente, por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas, o que permite um debate social amplo da matéria, o que é fundamental, visto que não somente as partes formais desses processos podem ser afetadas, mas a sociedade em amplo espectro, aumentando a legitimidade do procedimento;

*iii) impõem um dever de diálogo da decisão judicial com esses novos aspectos, reduzindo a complexidade social dos temas e gerando maior qualidade das decisões:* a objetivação, em que pese este seja o ponto ainda mais acanhado do processo de objetivação, acaba, por consequência lógica, impondo ao julgador tratar desses novos aspectos procedimentais, fazendo com que ele tenha de enfrentar o debate público e as teses trabalhadas pelas instituições nos polos das demandas, o que gera uma qualificação da decisão, que, silenciosamente, vai migrando de mero raciocínio lógico-dedutivo-substancialista para um raciocínio procedimental, fazendo com que a lógica processual reduza a complexidade social dos problemas sob análise, gerando respostas para a sociedade com uma maior legitimidade, construída por meio de um processo judicial democrático.



## **5 UMA PROPOSTA DE EXPANSÃO DAS TÉCNICAS DE OBJETIVAÇÃO DE PROCESSOS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **5.1 Instrumentos processuais de objetivação a serem criados ou aperfeiçoados**

Ante o exposto no capítulo anterior, acredita-se que restou demonstrado que está em curso no Direito brasileiro uma objetivação geral de processos judiciais de tutela de direitos fundamentais, tanto e principalmente no campo civil, como também no âmbito penal. A tradicional lógica do direito processual civil baseada na inércia do juiz, por exemplo, sente, e deve vir a sentir cada vez mais, o influxo da objetivação, especialmente, na prescindibilidade de titulares a demandar a sua atuação, bem como na vinculação coletiva a decisões sem que sequer as pessoas, enquanto indivíduos isoladamente considerados, tenham participado desses processos.

Na esfera processual penal, tal influência exige mais cuidado, já que tal campo envolve restrições a preceitos extremamente caros à dignidade da pessoa humana, sendo gênero pautado pela fragmentariedade e personalidade, tendo a objetivação, sob o prisma da persecução penal, grandes probabilidades de mais vulnerar direitos do que os proteger. Lado outro, sob a perspectiva defensiva, a objetivação pode gerar um ganho qualitativo na tutela de direitos, como demonstrado no HC 143641, podendo ampliar o número de legitimados públicos a tutelar direitos fundamentais e proporcionar um melhor enfrentamento de macroproblemas jurídicos sem prejuízos ao sistema acusatório e às garantias penais e processuais penais.

Dessarte, no campo penal, a eficácia processual, de fato, depende de uma aplicação mais criteriosa, dada a tutela de liberdade em sentido estrito, despida de caráter patrimonial iminente. Assim sendo, somente se pode falar em objetivação do processo penal ou de atuação espontânea do magistrado no interesse do acusado, já que o contrário a isso redundaria em agressão a postulados básicos do Direito Penal, tal como o do sistema acusatório, responsável por uma rigorosa separação das funções processuais de acusação e julgamento.

No mesmo sentido, não se pode falar de forma alguma em uma responsabilização penal baseada no conteúdo objetivo de direitos fundamentais, já que isso significaria o absurdo retrocesso a uma fase de responsabilização penal subjetiva. Desse modo, objetivação

e atuação espontânea do magistrado, com base nos atuais paradigmas do Direito Penal, só poderia ocorrer para a tutela dos direitos fundamentais do acusado<sup>301</sup>.

Voltando à seara civil, a objetivação decorrente da eficácia processual exige a superação de certos procedimentos inspirados em pressupostos do processo civil clássico, tais como o individualismo e o formalismo. Isso não significa um abandono das fórmulas tradicionais do processo civil, mas um aperfeiçoamento (uma “mais-valia”) de tais mecanismos para que eles digam respeito não só às partes litigantes, mas a toda a sociedade.

Com efeito, a referida objetivação dos procedimentos processuais civis não implica uma supressão da capacidade de defesa dos direitos subjetivos, mas a possibilidade de que, em determinados casos de repercussão coletiva, os interesses individuais possam ser julgados levando-se em consideração a sua importância social e fazendo com que, em razão disso, os efeitos desse julgamento também transcendam a relação das partes envolvidas.

Nesse sentido, uma vez apresentados no capítulo anterior vários mecanismos já abraçados por nosso ordenamento que seguem o paradigma de objetivação aqui acima defendido, resta apresentar o que está por vir no que tange ao tema, ou seja, sugestões exemplificativas de novos modelos objetivação para incrementar os processos de tutela de direitos fundamentais e a qualidade e controle intersubjetivo das decisões judiciais decorrentes desses processos.

### ***5.1.1 Incidente de Coletivização de Demandas***

O primeiro instituto que terá sua criação aqui defendida é um que, na realidade, já deveria estar em vigor em nosso ordenamento jurídico, já que possuía previsão expressa no novo Código de Processo Civil (CPC/15), mas que acabou vetado pela, à época, Presidente da República, qual seja, o Incidente de Coletivização de Demandas (ICD).

Em sua redação original, o CPC/15 estabelecia, em seu art. 333<sup>302</sup>, um incidente de coletivização de demandas, que consistia na possibilidade de o juiz converter em coletiva

---

<sup>301</sup> Nesses termos, a literatura processual penal vem defendendo a concepção de ação e processo penais como garantias fundamentais na Constituição: “Entretanto, e pelas razões antes declinadas, parece-nos que ainda há muito a ser feito sob outra perspectiva: a justificação racional de uma ação e de um processo penal que são postos como *garantia fundamental* na Constituição, não só como um instrumento *contra o Estado*, como se extrai do conteúdo do *devido processo legal*, mas agora, *ao lado dele*, como e enquanto, *agente da persecução penal*”. PACHELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. P. 19.

<sup>302</sup> “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no

uma ação individual, desde que o pedido tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico transindividual e a finalidade fosse a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, que, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

O ICD teria como pressupostos da relevância social do caso, a dificuldade de formação do litisconsórcio, o requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública e prévia oitiva do autor.

Nesses termos, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou ambos assumiriam o polo ativo da “ex-ação individual”, passando a litigar em defesa não somente do direito do autor originário da demanda, mas também em prol de toda a coletividade inserida na mesma situação, o que consistiria em uma exceção à estabilidade da demanda, já que haveria a ampliação do objeto processual originário, com o ingresso de um novo sujeito do polo ativo<sup>303</sup>.

Nota-se assim que o ICD seria o ápice da objetivação de processos de tutela de direitos, consistindo, tal como acima referido, em uma superação do individualismo e o formalismo tradicionais no processo civil, permitindo que um processo inicialmente subjetivo pudesse ser convertido em processo coletivo em defesa de toda a sociedade. O dispositivo ampliaria significativamente a tutela de direitos, que, provocada *ab initio* de maneira individual, acabaria por beneficiar terceiros ou mesma toda a coletividade, inicialmente, externa ao processo.

A Mensagem nº. 56, de 16 de março de 2015, que explicita as razões do veto ao dispositivo, laconicamente, apenas afirma que, “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes”<sup>304</sup>. Nota-se, nas razões de veto, o apego ao formalismo e ao individualismo, baseado na falsa compreensão, aqui já trabalhada, de que a defesa subjetiva de direitos seria antagônica à defesa objetiva de tais direitos

---

8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”.

<sup>303</sup> TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 139 e ss.

<sup>304</sup> BRASIL. *Mensagem nº. 56, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: 6 jul. 2018.

Vale frisar que o ICD é diverso da técnica do IRDR, pois este consiste em um instituto de fixação de teses, que possui como finalidade a diminuição do número de processos, sendo, todavia, necessária uma nova demanda para que a ela se aplique o precedente fixado no IRDR, ou seja, uma vez fixada a tese, para que alguém dela se beneficie terá de entrar com sua própria ação, que será, em tese julgada de forma mais célere, dado o precedente, mas que, ainda assim, exige o ajuizamento de ação individual<sup>305</sup>. No ICD, por sua vez, forma-se uma coisa julgada que transcende os interesses individuais dos autores. Neste caso, terceiros - que sequer necessitaram buscar o Judiciário - seriam diretamente beneficiados pela atuação processual do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que como instituições públicas vinculadas à defesa e promoção dos direitos fundamentais, atuariam objetivamente na defesa desses interesses públicos<sup>306</sup>.

Com efeito, o veto ao ICD revela-se assim como uma resistência final do subjetivismo processual que não deve subsistir por muito tempo. A tendência da objetivação exige essa possibilidade de facilitação no trato de macroproblemas jurídico-sociais, o que, por vezes, encontra manifestação em processos individuais, que são emblemáticos de problemas coletivos, servindo a demanda individual originária como excelente demonstrativo da necessidade de solução global de problemas. Nesse sentido, o ICD é o instrumento da objetivação que falta para demonstrar a possível e profícua convivência entre interesses subjetivos e objetivos no processo civil, mas possibilitando que as técnicas de objetivação contribuam com a solução de controvérsias macrojurídicas.

Vale frisar, por fim, que apesar do veto ao art. 333 e mesmo sem a mesma instrumentalidade processual, há ainda a possibilidade, conforme art. 139<sup>307</sup> no CPC/15 de o

---

<sup>305</sup> PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc#author>. Acesso em 04.07.18.

<sup>306</sup> “Embora o incidente de resolução de demandas repetitivas contribua para a eficiência da prestação jurisdicional, quando há efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o CPC/15 poderia ter ido além. Afinal, o julgamento de tal incidente gera, tão somente, um precedente judicial, a ser aplicado por juízes e tribunais (art. 927, inc. III, CPC) a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, além dos casos futuros que digam respeito à idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território da competência do tribunal (art. 985, CPC). Esses precedentes judiciais, contudo, podem ser serem alterados (art. 927, § 2º, CPC). Portanto, o incidente de resolução de demandas coletivas, diferentemente do que poderia ocorrer com o incidente de coletivização do artigo 333 do NCPC, não se reveste dos benefícios da coisa julgada coletiva”. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual*. In: *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 389-409, Mai.-Ago. 2017. Pp. 405 e 406.

<sup>307</sup> “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o

juiz, no curso do processo, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados para a ação civil pública, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Essa possibilidade, obviamente, não se confunde com o ICD, posto se trata de mera exortação à propositura de uma nova demanda, enquanto que a coletivização, em privilégio à instrumentalidade, permitia a conversão da demanda originalmente individual em coletiva, aproveitando os elementos probatórios já constantes no processo.

### **5.1.2 Suspensão de Segurança**

O segundo instituto relevante à Macrojustiça e que necessita de urgente aperfeiçoamento no sentido de buscar uma profunda objetivação é o da chamada Suspensão de Segurança, criada em 1936 no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº. 191, que se consubstancia em um dos mais fortes instrumentos jurídicos de demonstração de poder de que dispõe a Fazenda Pública. A Lei nº. 191/36 veio regulamentar o mandado de segurança, que fora previsto na Constituição Federal de 1934. Nesse passo, a Suspensão de Segurança surge com este nome, posto que atrelada ao Mandado de Segurança, tendo sido prevista, desde sua origem, como um meio de “evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias”<sup>308</sup>.

Sucessivas foram as alterações legislativas sobre o instituto. Inicialmente, a Lei nº. 4.348/64<sup>309</sup> ampliou seu cabimento para também combater lesões à economia pública, mas permanecendo, até então restrita aos processos de mandado de segurança. No ano de 1985, por meio da Lei nº. 7.347<sup>310</sup>, o instituto foi ampliado também para os procedimentos das

---

art. 82 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

<sup>308</sup> “Art. 13. Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o Presidente da Córte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Córte de Appellação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito publico interno interessada, para evitar lesão grave á ordem, á saúde ou á segurança publica, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias”.

<sup>309</sup> “Art. 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato”.

<sup>310</sup> “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato”.

ações civis públicas. Em 1990, a Lei nº. 8.038 permitiu que o Procurador Geral da República também apresentasse suspensão de segurança no âmbito dos processos de mandado de segurança em curso no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Seguindo seu curso, no ano de 1992, por meio da Lei nº. 8.427, a suspensão de segurança ganhou sua roupagem quase que definitiva, tendo sido ampliada, para além do mandado de segurança e da ação civil pública, também para a ação popular e cautelares em face do Poder Público<sup>311</sup>. Ademais, entre os anos de 1997 e 2001, a Lei nº. 8.427/92 sofreu alterações por – nada mais nada menos do que – oito medidas provisórias<sup>312</sup>, ampliando ainda mais a força do instituto e possibilitando, inclusive, novo pedido de suspensão de segurança ao Presidente do STJ ou do Supremo Tribunal Federal (STF), caso o primeiro pedido não tenha êxito<sup>313</sup>. Não bastasse isso, ainda no ano de 1997, a Lei nº. 9.494 possibilitou o manejo da suspensão de segurança em face tanto da antecipação dos efeitos da tutela<sup>314</sup> e a Lei nº. 9.507 possibilitou a utilização do instituto no procedimento do *habeas data*<sup>315</sup>. Por fim, em 2009, a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei nº. 12.016, sem grandes inovações ou reflexões críticas, reafirmou o instituto<sup>316</sup>.

Desse modo, nota-se que a suspensão de segurança, nos dias atuais, é um instituto manejável pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público em face de tutelas provisórias, buscando suspendê-las, para, suspostamente, evitar graves lesões à ordem, à saúde, à

---

<sup>311</sup> “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º. Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado”.

<sup>312</sup> Foi a chamada *contrarreforma* do processo civil, consubstanciada em diversas mudanças legislativas rotuladas de “prerrogativas processuais da Fazenda Pública” que findaram por ir – em benefício da Fazenda Pública – de forma oposta à agilização e efetividade da prestação jurisdicional que estavam sendo buscadas pelas Reformas Processuais das décadas de 1990 e da década inicial do século XXI. Sobre o tema ver: VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. Pp. 26 e 49 e ss.

<sup>313</sup> “Art. 4º. § 4º. Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)”.

<sup>314</sup> “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

<sup>315</sup> “Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida”.

<sup>316</sup> “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

segurança e à economia públicas, sendo manejadas ante os presidentes dos tribunais a quem competiria o recurso cabível da decisão impugnada.

Esta definição, apesar de simplória, revela um aspecto significativo da suspensão de segurança, que somente as sucessivas mudanças legislativas são capazes de explicar, qual seja, apesar da equivocidade do nome do instituto, ele, hoje, não mais guarda pertinência apenas com o mandado de segurança. A suspensão de segurança, na realidade, é um mecanismo de suspensão de liminares e tutelas provisórias de forma ampla, sendo cabível no mandado de segurança, na ação civil pública, ação popular, *habeas data* e tutelas provisórias de procedimentos em geral. Tal fato é decisivo para compreender a força e relevância que o instituto possui nos dias atuais, podendo ser considerado uma ferramenta do processo civil em geral e não apenas de um ou outro procedimento específico.

Há ainda alguma divergência sobre a natureza jurídico-processual do instituto, existindo autores que defendem seu caráter recursal (tese minoritária e mais antiga<sup>317</sup>), outros sustentando o papel de incidente processual (tese amplamente majoritária e mais consolidada<sup>318</sup>) e uma linha de que teria o caráter de ação cautelar minoritária (tese minoritária, mas bastante atual<sup>319</sup>). Aqui, adota-se o entendimento de que se trata de um incidente processual, posto que não gera uma nova relação processual, seja cautelar ou de outra natureza, sendo um evento dentro do mesmo processo, bem como não possui caráter reformador ou anulatório da decisão atacada, o que impede seu reconhecimento como recurso.

Compreender as razões pelas quais a suspensão de segurança não é recurso é fundamental para compreender o próprio papel do instituto e seus desdobramentos. Os recursos, necessariamente, devem reformar, em caso de *error in iudicando*, anular, em caso de *error in procedendo*, podendo ainda integrar ou esclarecer as decisões judiciais atacadas<sup>320</sup>. A suspensão de segurança, por sua vez, não possui nenhum desses efeitos, prestando-se tão somente para suspender, ou seja, paralisar, impedir a execução da decisão provisória deferida, sem, todavia, mudar seus contornos jurídicos<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> ASSIS, Araken de. *Introdução aos sucedâneos recursais. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação de decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 17.

<sup>318</sup> Por todos: DINAMARCO, Candido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do Tribunal*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 18.

<sup>319</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. P. 606.

<sup>320</sup> “Pelo exposto, podemos concluir que recurso é um remédio dentro da mesma relação processual que dispõem as partes, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, invalidação o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial”. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 41.

<sup>321</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Ibidem*. P. 606.

Em razão desse fim específico de suspensão de decisão vergastada e de suas hipóteses de cabimento, muito se discute também sobre a natureza da decisão do Presidente do Tribunal no julgamento de suspensão de segurança. A decisão possui uma cognição horizontal extremamente restrita. Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini, por exemplo, afirma:

(...) o presidente do tribunal ao analisar o pedido de suspensão não pode nem deve adentrar ao mérito da questão, o acerto ou desacerto da decisão, mas apenas observar a potencialidade de a mesma causar grave lesão à ordem, à saúde, segurança e/ou economia públicas<sup>322</sup>.

Essa limitação do que pode ser conhecido somada ao fato de que o que pode ser conhecido transborda o conhecimento técnico-jurídico (lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas) faz com que surjam entendimentos de que tal decisão sequer teria natureza jurídica. Trata-se da tese de que a decisão na suspensão de segurança teria caráter político. O próprio STJ, em sua jurisprudência, sustenta que “o juízo decisório na Suspensão de Liminar é de natureza política e discricionária, sendo, portanto, insuscetível de se sindicarem sua legalidade na via Especial”<sup>323</sup>.

A afirmação pelos Tribunais Superiores de que a decisão na suspensão de segurança possui um caráter político - em que pese a doutrina discorde desse entendimento<sup>324</sup>, reafirmando o caráter jurisdicional da decisão - leva a duas importantes conclusões: a) é um raro rompimento com um dogma de um positivismo mais ortodoxo (ainda predominante no Brasil) de separação entre Direito e Política na aplicação das normas; b) revela as entranhas da razão de ser da suspensão de segurança.

Com relação ao ponto “a” acima, é uma premissa do positivismo que “o aplicador do direito não deve utilizar, em sua atuação, considerações políticas que discrepam daquelas adotadas pelo criador das normas”<sup>325</sup>. O entendimento dessa matriz de pensamento é que a aplicação política do Direito conduziria a uma alteração de uma vontade objetiva da norma pela vontade política do hermeneuta. Sem aprofundar no ponto, um dos mais complexos do Direito, por total impossibilidade neste espaço, o fato é que tal separação na aplicação prática do fenômeno jurídico é pragmaticamente impossível, visto que: *i*) é mítica a figura do

---

<sup>322</sup> SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 104.

<sup>323</sup> “CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEI 8.437/92. MÉRITO. JUÍZO POLÍTICO. DISCUSSÃO EM RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. (AgRg na MC 22.070/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 07/03/2014)”.

<sup>324</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Ibidem*. P. 606 e ss. SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Ibidem*. P. 104.

<sup>325</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. P.107.



interprete ser neutro<sup>326</sup>, capaz de se despir de sua linguagem e história, para aplicar a norma em ambiente estéril à Política; *ii*) há uma ligação genética entre a norma e o processo político de sua produção, o que é reconhecido pelos próprios positivistas<sup>327</sup>, sendo este um “pecado original” da Política sobre o Direito, que a norma sempre irá carregar até sua retirada do ordenamento jurídico; *iii*) as normas regulamentam aspectos da vida humana que, por si só, são altamente carregados pela política, sendo afetadas por isso no momento de sua aplicação sob pena da própria aplicação da norma ser equivocada.

Tal ponto é severamente sensível, posto que revela um aspecto que aqui há muito é afirmada em relação aos processos de Macrojustiça, qual seja, são processos em que o aspecto político intrínseco ao fenômeno jurídico impõe-se com mais força que os aspectos estritamente jurídicos. Ademais, reconhecer a influência da Política sobre o Direito não significa esvaziar a capacidade de regulamentação da ciência jurídica, mas a necessidade de se trabalhar mecanismos de diálogo entre essas instancias.

Assim sendo, o reconhecimento do aspecto político da decisão de suspensão de segurança acaba sendo relevante por descortinar essa relação jurídico-política tão negada no âmbito da Teoria do Direito. Por outro lado, essa confissão não se dá com base na fundamentação acima exposta e sequer possui essa intenção. Na realidade, o objetivo dessa declaração é utilizá-la como argumento justamente para afastar totalmente a juridicidade da decisão, esvaziando a capacidade de controle ínsita ao Direito, o que, na prática, ocorre na negação do cabimento do Recurso Especial em face da decisão de suspensão<sup>328</sup>. Desse modo, lastimavelmente, a afirmação do caráter político da decisão de suspensão de segurança presta-se justamente para diminuir a capacidade de controle que o Direito possui sobre força política do Estado. Nesse passo, a crítica do positivismo sobre uma relação promiscua entre Direito e Política, aqui, na suspensão de segurança, revela-se assustadoramente pertinente. Assim

---

<sup>326</sup> “A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus interpretes, divulgada pela doutrina liberal normativista, toma por base o status quo. Neutra é a decisão ou atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é o status quo – não são fruto do acaso ou da ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções ou mesmo fatalidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça”. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 155.

<sup>327</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Ibidem*. P. 106.

<sup>328</sup> “(...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. NATUREZA POLÍTICA DA DECISÃO. INVIABILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PRECEDENTES DO STJ. 1. “A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de não ser cabível o recurso especial de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão de segurança, uma vez que o apelo extremo visa combater argumentos que digam respeito a exame de legalidade, ao passo que o pedido de suspensão ostenta juízo político.” (...) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1428837/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJE 25/03/2014)”.

sendo, a ilação não pode ser outra: toda a conformação da suspensão de segurança, nos dias atuais, existe para permitir a substituição da vontade das normas jurídicas atinentes ao caso em apreço pela vontade do Presidente do Tribunal pela eventual.

Esse vício inerente à atual concepção de que a decisão no processo de suspensão de segurança é política leva ao ponto “b” acima citado, qual seja, a exposição sobre as entranhas da razão de ser da suspensão de segurança. Neste ponto, trata-se da utilização da suspensão de segurança pela Fazenda Pública como uma forma de impor os interesses do grupo político dominante no momento sobre a sociedade, o que a prática forense revela sem maiores pudores. O dia a dia pretoriano, infelizmente, demonstra que a proximidade dos grupos políticos que ocupam o Executivo com as presidências dos Tribunais gera negociações sobre os processos judiciais pouco republicanas. Isso torna-se ainda mais agudo com a formação dos Tribunais por indicação política. Toda essa realidade tornou comum decisões de suspensão de segurança, adotadas isoladamente por Presidentes de Tribunais, marcadas pela obscuridade e pouca profundidade, sobrepujando-se sobre os interesses de toda a sociedade.

Em um cenário de objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais e abertura dos processos judiciais à participação pública, torna-se imperiosa a necessidade de se encontrar um meio termo que permita realmente um diálogo entre a Política e o Direito nesses casos, por vezes, realmente graves, mas sem que isso signifique o ocaso deste àquela. Isso passa por uma reformulação do procedimento de suspensão de liminares, de modo a não somente deixar de ser refém de uma única individualidade (a do Presidente do Tribunal “X”, “Y” ou “Z”), mas para que também possa “jogar luzes” sobre os fundamentos jurídicos, técnicos e até políticos dessas decisões, posto que elas, por excelência, envolvem interesses complexos da sociedade, mormente, em matéria de direitos fundamentais e ostentando um caráter de demanda coletiva ou repetitiva, o que é enfatizado pela possibilidade de o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a todas as liminares de igual teor<sup>329</sup>, o que confere um caráter de precedente à decisão de suspensão<sup>330/331</sup>. Só assim será possível fazer com que a suspensão seja moderna e acorde ao processo civil dos dias atuais, sendo resgatada do distante lugar do passado em que se perdeu.

---

<sup>329</sup> “§ 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”

<sup>330</sup> “Cumprindo com a finalidade do regime processual das causas repetitivas, a regra concorre para afastar a *divergência jurisprudencial*”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Ibidem*. P. 632.

<sup>331</sup> “Tem-se aqui, um duplo objetivo: (a) evitar o efeito multiplicador de uma determinada liminar obtida; (b) uniformizar a jurisprudência”. TOVAR, Leonardo Zehuri. *O Pedido de Suspensão de Segurança: uma sucinta sistematização*. In: *Revista de Processo*. Vol. 224. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 16.

Não obstante os problemas apontados, mormente, a captação política das instâncias jurídicas, o fechamento processual e a incompatibilidade de seu procedimento com o diálogo público, não se pode negar a sua relevância em tese como instrumento de controle jurídico-político de casos graves de lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, inclusive, como mecanismo de tutela coletiva de direitos.

Assim sendo, faz-se mais do que necessária uma reformulação total do instituto para aproximá-lo dos vetores estruturantes do novo processo civil brasileiro e da objetivação de processos de tutela dos direitos fundamentais. Com tal desiderato, aqui, serão apresentadas algumas sugestões de aprimoramentos desse instituto, tornando-o compatível com nossos dias.

Inicialmente, seria relevante uma nova legislação que revogasse a multiplicidade de dispositivos normativos que existem atualmente sobre o instituto, compilando a matéria e devolvendo a sistematização ao tema, bem como adequando o seu *nomen juris* a sua realidade processual (o que já se vê com frequência na doutrina), sendo, finalmente, instituído como uma “suspensão de tutelas provisórias”.

Outro ponto relevante é o seu reconhecimento não somente como um instrumento de defesa da Fazenda Pública, mas como um mecanismo de tutela coletiva de direitos. A suspensão de segurança, tal como hoje existe, é completamente pautada na vetusta distinção entre interesse público primário e secundário, existindo para a defesa somente deste. Urge que se reconheça que graves de lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas não existem apenas no interesse do Erário, mas de todos os interesses defensáveis em todos os processos coletivos. Nesses termos, se há um rol muito mais amplo de legitimados para a tutela coletiva de direitos, não há razão para que esse mesmo rol esteja alijado de legitimidade para a suspensão.

É chegada a hora da abertura procedimental a múltiplos atores, como acima tratado, também para a suspensão de tutelas provisórias, permitindo que novos sujeitos processuais como a Defensoria Pública, sindicatos, associações *etc.* possam atuar neste sentido, dando voz aos grupos sociais que representam e democratizando o processo. Recentemente, em muito foi ampliada a legitimidade para as ações coletivas, visto que os interesses defendidos pela suspensão possuem essa mesma natureza, não são visíveis as razões para não existir uma *uniformização da legitimidade entre “ação” e “suspensão” em casos de interesses difusos e coletivos.*

Outro ponto urgente é alterar a competência para o julgamento da suspensão. A concentração desse mister apenas nas mãos dos Presidentes dos Tribunais, além dos

problemas de captação política acima tratado, revela-se totalmente incompatível com a natureza colegiada dos Tribunais e, indo um pouco mais adiante, priva temas com alta complexidade jurídica, política e social de um debate intersubjetivo necessário ao amadurecimento qualitativo e até mesmo à democracia processual das decisões<sup>332</sup>.

Com efeito, propõe-se aqui que seja adotada para a nova suspensão de tutelas provisórias a mesma lógica empreendida pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 978, para o incidente de resolução de demandas repetitivas: o julgamento da suspensão caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Isso garantiria o cumprimento da função básica da suspensão no sentido de proteger a coletividade de ameaças à ordem pública, bem como preservaria o princípio colegiado dos Tribunais, permitiria o debate intersubjetivo dos temas, diminuiria sensivelmente a possibilidade de captação política do Direito e geraria maior publicidade das decisões.

Por fim, é também extremamente necessária a abertura procedimental da suspensão de modo a permitir, durante o seu processamento, a participação da sociedade diretamente afetada pela decisão. Essa é uma exigência básica para uma *democratização dos procedimentos*, que, sem dúvidas, é um dos vetores estruturantes do processo civil pós-CPC/15. Afinal, se a população será afetada pela decisão, necessita, no mínimo, poder, de algum modo, participar de tal processo e influenciar os julgadores, o que é um corolário do *substantive due process of law*.

Desse modo, é vital que seja possível a participação de *amici curiae*, realização de audiências públicas e convocação de especialistas para discutir as temáticas alvo da suspensão, que são ideais para isso, o que permitiria um debate mais técnico das questões políticas (sendo, nos dias atuais, pouco crível que os Presidentes dos Tribunais, isoladamente, possuam elementos suficientes para apreciar questões de tamanha complexidade), gerando assim um meio termo de equilíbrio não só para fundamentar, mas também para controlar o diálogo entre Política e Direito no bojo da suspensão de tutelas provisórias.

Passadas tantas linhas, nas quais se buscou demonstrar a renovação do processo civil brasileiro, ante os novos vetores apresentados pelo Código de 2015, em cotejo com a arcaica suspensão de segurança, espera-se aqui que algumas sementes tenham sido lançadas para a transcendência do instituto em direção a uma nova e remodelada *suspensão de tutelas provisórias* compatível com a atual ordem constitucional-processual brasileira.

---

<sup>332</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I e II. Tradução: Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

### 5.1.3 Fundamentação das Decisões Judiciais

Por fim, o derradeiro ponto relativo à objetivação a ser aqui tratado é do aperfeiçoamento das técnicas de fundamentação das decisões judiciais. Fala-se aqui em aperfeiçoamento, pois se parte da compreensão que houve algum avanço na matéria com o CPC/15, apesar de ainda insuficiente para gerar o diálogo decisório com o procedimento nos termos que aqui se sustenta.

Como se sabe, nos termos do art. 489<sup>333</sup> do CPC, os elementos essenciais da sentença são: a) o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; b) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e c) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Embora o dispositivo que trata do tema faça menção a “sentença”, certamente o ponto merece uma interpretação extensiva, devendo o termo ser entendido como “decisão judicial”<sup>334</sup>, já que a fundamentação de todas as decisões judiciais é preceito constitucional inofidável nos termos do art. 93, X da CF/88. Assim, o art. 489 do novo CPC - ao, de forma inovadora, trazer balizas mínimas para que uma decisão seja considerada fundamentada - deve ser aplicável a todas as espécies de decisões judiciais.

Comumente, entende-se que o que se procura no processo é a “verdade possível”<sup>335</sup>, entendida como aquela sociologicamente produzida<sup>336</sup>, edificável dentro das limitações da reprodução processual dos fatos e dos limites humanos na aplicação do Direito<sup>337</sup>. Nessa linha de entendimento, a impossibilidade de o juiz descobrir a essência dos fatos tal como realmente ocorreram (“verdade absoluta”) não lhe exime de julgar, ou seja, o juiz para se desincumbir de seu múnus público deve decidir mesmo ciente de suas

<sup>333</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

<sup>334</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª edição. Salvador: *JusPodivm*, 2015. P. 312.

<sup>335</sup> Frise-se que esse conceito de verdade segue uma linha falibilista: “O falibilismo, com efeito, é um meio termo equilibrado entre o ceticismo e um relativismo extremado, este último típico de posturas pós-modernas anárquicas epistemologicamente”. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Prova e Verdade em Questões Tributárias*. In: *RIDB*, Ano 3 (2014), nº 2. P. 1250.

<sup>336</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. P. 27.

<sup>337</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Ibidem*.

limitações<sup>338</sup>. Desse paradoxo, *limitação da certeza sobre os fatos/dever de decisão* é que surge a necessidade de motivação, pois esta será a expressão das razões que levaram à formação da decisão, permitindo assim o seu controle intersubjetivo.

Nesse contexto, a exigência da motivação tem uma dupla função. Em primeiro lugar, exercendo um papel *endoprocessual*<sup>339</sup>, posto que permite às partes, cientes dos motivos que conduziram o convencimento do magistrado, controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como que os órgãos julgadores de outra instância tenham elementos para manter ou reformar a decisão, eclodindo, daí, o *controle intersubjetivo institucional*.

Por outro lado, há uma função *extraprocessual*<sup>340</sup>, tendo em conta que a fundamentação permite que a decisão seja controlada pelo povo, a partir da via difusa da democracia participativa<sup>341</sup>, gerando um importantíssimo *controle intersubjetivo social*, responsável por gerar um amadurecimento da sociedade e futuros aperfeiçoamentos do próprio sistema jurídico pela via democrático-legislativa.

O CPC/15, em seu art. 489, §1º<sup>342</sup>, dedicou especial atenção à fundamentação das decisões judiciais, trazendo sua previsão normativa mais objetividade no dever de fundamentação, evitando incompatibilidades grosseiras quanto à percepção do que se considera uma decisão não fundamentada.

Inicialmente, considera-se não fundamentada a decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Para decidir, obviamente, o juiz precisa interpretar e individualizar as

<sup>338</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 426.

<sup>339</sup> “Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formara o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão”. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Ibidem*. P. 315.

<sup>340</sup> “Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pelas qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parte do poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo”. *Idem. Ibidem*.

<sup>341</sup> *Idem. Ibidem*. P. 315.

<sup>342</sup> “Art. 489. (...) 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

normas aplicáveis ao caso concreto. De fato, é superada a visão de que a atividade do magistrado se limita a subsunção do fato a norma. Nesse contexto, para que o magistrado proceda a essa individualização, deve, no mínimo, expor as razões pelas quais as normas aplicadas servem para solucioná-lo, sob pena de sequer permitir às partes que compreendam o motivo pelo qual a norma é aplicável e que realizem qualquer controle hermenêutico do julgamento.

Por esse mesmo motivo, também se entende por não fundamentada a decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Além disso, não se considera fundamentada uma decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão ou que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Por fim, concretizando um maior nível de exigência da motivação, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 489, §2º<sup>343</sup> do CPC/15). Esse dispositivo trata da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade. Dessa forma, o diploma processual civil não permite o emprego genérico de postulados normativos, sem especificação e justificação a respeito de suas funções e circunstâncias daquilo que no caso concreto autorizam a sua aplicação.

Quanto as consequências da ausência de fundamentação, não há entendimento uníssono nesse sentido. Uma primeira posição defende que uma decisão sem motivação é uma não-decisão. Isso porque faltaria um de seus elementos essenciais (art. 489, *caput* e II do CPC/15). Por outro lado, uma segunda posição entende que a falta de fundamentação implica considerar a decisão anulável por recurso ou rescindível por ação rescisória.

Não obstante, como dito, possa-se considerar o art. 489 um avanço em algum nível na direção da objetivação da decisão, garantindo em alguma medida uma exigência

---

<sup>343</sup> “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

procedimental na produção do julgado ao estabelecer premissas mínimas a serem enfrentadas pelo julgador, o que se constata é que os pontos estabelecidos são verdadeiramente óbvios, posto que, evidentemente, antes mesmo do novo CPC/15, a ausência de explicitação da relação do dispositivo normativo com a causa ou questão decidida e a carência de determinação do motivo pelo qual um conceito jurídico indeterminado seria aplicável ao caso, bem como os demais casos citados no art. 489 já deveriam ser considerados carentes de fundamentação<sup>344</sup>.

Ademais, o art. 489 não enfrenta outros pontos que também interferem diretamente na decisão, como “a heterogeneidade das questões a se fundamentar, como questões de fato ou questões de direito; e a existência de problemas relativos a questões extrajurídicas”<sup>345</sup>. É justamente deste ponto que aqui se busca aprofundar a necessidade de objetivação dos processos de tutela no caminho de que a própria decisão seja objetivado no sentido de ter de dialogar necessariamente com essa espécie de problema levantado no curso dos procedimentos já objetivados como acima já se defendeu.

Assim sendo, o que aqui se defende é uma objetivação mais profunda, que exija do julgador, no mínimo no cenário da Macrojustiça, em que os interesses em jogo são públicos, a realização de um processo hermenêutico que necessariamente ultrapasse determinadas fases para que assim se possa aferir se ele conseguiu garantir um diálogo racional-procedimental com os fundamentos teóricos, políticos e sociais inerentes ao caso sob análise, bem como garantindo uma maior margem de controle à decisão jurisdicional.

O correspondente próprio com o que aqui se defende encontra alguma proximidade, mesmo que ainda remota com o que o CPC/15 estatuiu, no art. 984, ao se referir à decisão sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ao afirmar, expressamente, no parágrafo segundo que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

Embora de forma ainda muito tímida, o dispositivo almejou impor ao julgador - para poder se desvencilhar de seu dever de fundamentação – que dialogue, em que pese tenha se referido apenas “teses jurídicas discutidas”, com todos os aspectos objetivados do procedimento, como demonstrado no capítulo anterior, ou seja, deve o interprete-aplicador

---

<sup>344</sup> No mesmo sentido: PONTES, Fernando Demetrio de Sousa. *Fundamentação das Decisões Judiciais e Interpretação Jurídica: Estudo comparativo entre as contribuições da Hermenêutica Filosófica de Gadamer e do Modelo Toulmin de argumentação racional*. 120 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2017. P. 34.

<sup>345</sup> *Idem. Ibidem.*



debater com as teses apresentadas pela sociedade por meio dos *amici curiae*, dos especialistas ou mesmo com as instituições de representação social (Ministério Público e Defensoria Pública), estabelecendo assim balizas mínimas a serem enfrentadas.

Nesse passo, o que foi objetivação procedimental, ou seja, o que foi etapa objetivada do processo, deve necessariamente retornar como etapa do próprio processo decisório como parâmetro mínimo de julgamento, devendo isso ser um referencial geral básico para qualquer caso de Macrojustiça e não apenas para os de IRDR. Nesse passo, qual seria o sentido de se abrir o processo para a participação pública por meio de *amici curiae*, especialistas, entidades de representação social *etc.*, se o(s) julgador(es), no momento final da decisão, não tiver(em) dever nenhum de enfrentar tais argumentos e etapas processuais? Obviamente, revela-se como dever intrínseco de fundamentação o enfrentamento a esses temas.

Essa obrigação de diálogo procedimental, inclusive, deve envolver o enfrentamento de temas polêmicos como o debate sobre temas de ordem política e social. Não se pode, como visto acima ao se tratar da suspensão de segurança, permitir que o fato de essa análise consubstanciar um dogma jurídico até os dias de hoje impeça tal análise pelo julgador. Não se está aqui a defender que o julgador tenha que revelar suas ideologias, o que não parece útil ou mesmo viável em muitos casos, mas sim que os temas políticos e sociais debatidos dentro do processo judicial, pelas partes, por terceiros em participação pública ou mesmo pelo próprio juiz possam também participar da composição da decisão jurisdicional. Não para que essas questões políticas e sociais decidam o caso por si só, mas para que, dada a peculiaridade do processo judicial – em contraponto ao legislativo – possam ser mediadas pela regulamentação jurídica.

## **5.2 O aprimoramento procedimental e o controle intersubjetivo e democrático das decisões judiciais**

Como se viu até aqui, nos cenários de Macrojustiça, há uma potencial redução dos elementos técnico-jurídicos pelos elementos extrajurídicos, o que, materialmente, é explicável pela pressão derivada da repercussão social dessa espécie de demanda. Sob outro prisma, tal questão pode ser explicada, sob a perspectiva teórico-filosófica pós-luhmanniana<sup>346</sup> de Marcelo Neves, que, criticando o autor alemão, afirmou que os conceitos de acesso a sistemas sociais e autopoiese do Direito seriam fenômenos típicos dos países de modernidade central,

---

<sup>346</sup> Acredita-se que aqui é possível utilizar esta terminologia, posto que parte de uma crítica a Luhmann, mas que se sustenta sob os argumentos luhmannianos, reforçando a importância das premissas deste.

ou seja, aqueles países tidos por desenvolvidos. Para os países de modernidade periférica, ou seja, os subdesenvolvidos, “haveria uma preferência pela exclusão – na forma subintegração ou subinclusão (dependência sem acesso), ou na forma de sobreintegração ou sobreinclusão (acesso sem dependência) – e, vinculado a isso, haveria bloqueios da autonomia sistêmica, especialmente no direito”<sup>347</sup>.

Nesses termos, percebe-se que o que Neves sustenta é justamente que não haveria como se desenvolver um funcionamento autônomo do Direito<sup>348</sup> (funcionamento “operacionalmente fechado” ou “encerramento operativo”, na terminologia de Luhmann<sup>349</sup>), visto que nos países de modernidade periférica essa autopoiese do jurídico sofre constantes bloqueios, mormente, “por intrusões políticas”<sup>350</sup>.

Esse problema maximiza-se, quando se nota de que a sociedade brasileira torna-se, a cada dia, mais complexa e de forma mais rápida, o que vem gerando orientações na tomada de decisões com base em suas consequências, o que vem sendo chamado de consequencialismo hermenêutico<sup>351</sup> sem que sequer se desenvolva uma metodologia de trabalho adequada a lidar com os direitos fundamentais. Nas palavras de Neves, com base na terminologia luhmanniana, cada vez mais, adquirem significado os *outputs* “sem que os problemas dos limites dos *inputs* tenham sido superados ou controlados”<sup>352</sup>. Tudo isso conforma o cenário atual com “déficits seletivos”<sup>353</sup> na metodologia de julgamento e “uma emergência estabilizadora”<sup>354</sup> de todo esse processo.

---

<sup>347</sup> NEVES, Marcelo. *Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”*. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org). *O pensamento alemão no século XX*. Volume 1. São Paulo: Cosac Naify, 2013. Pp. 346 e 347.

<sup>348</sup> “Não caberia falar de autopoiese – como uma autonomia operacional – do direito em contextos como o brasileiro, apesar de tratar-se de contextos complexos de comunicação da sociedade mundial” *Idem. Ibidem*.

<sup>349</sup> “Encerramento operativo traz como consequência que o sistema dependa da sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo”. LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. P. 111.

<sup>350</sup> *Idem. Ibidem*. P. 348.

<sup>351</sup> Livre tradução: “Embora existam muitas variedades de consequencialismo, seu traço comum é que, como o nome sugere, a avaliação normativa de determinadas ações ou regras depende de uma análise apenas das consequências. A versão mais relevante para o Direito é o consequencialismo das regras, que avalia as regras legais unicamente com base em suas consequências. Regras legais, nesta perspectiva, podem (ou devem) entrar em vigor se e somente se justificadas por suas consequências”. No original: “While there are many varieties of consequentialism, their common thread is that, as the name suggests, normative evaluation of particular actions or rules depends on an analysis of consequences alone. The version most relevant to law, rule consequentialism, evaluates legal rules solely based on their consequences. Legal rules, on this view, may (or must) go into effect if and only if justified by their consequences”. *Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role*. In: HARVARD. *Law Review*. 130. Hav. 1436. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/> Acesso em: 17 de julho de 2018.

<sup>352</sup> NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. P. 304.

<sup>353</sup> *Idem. Ibidem*.

<sup>354</sup> *Idem. Ibidem*.

Tudo isso, na análise de Marcelo Neves ganha o temperamento da exclusão de grandes massas populacionais subintegradas ao debate constitucional<sup>355</sup>, o que retira legitimidade das decisões emanadas de tal contexto. A essa situação, aqui, como desde o princípio da pesquisa, adiciona-se o fato de o próprio ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sucessivas alterações, tais como as analisadas no capítulo anterior, vir ampliando o poder de vinculação das decisões do sistema, principalmente, nos cenários macrojudiciais<sup>356</sup>. Tal ponto, somada à subintegração de grande parte do contingente populacional brasileiro, faz carecer de legitimidade grande parte das decisões que vêm atando a sociedade.

Nesse contexto, emerge a necessidade de um processo apto a garantir a legitimidade da decisão e assim o seu controle. Desta feita, como a legitimidade, nos termos luhmannianos, pontuados por Neves, configura-se como “uma reestruturação de expectativas”<sup>357</sup>, ou seja, é a própria realização da finalidade de um sistema social: reduzir as complexidades do mundo. Em outras palavras, em um mundo complexo, com macroproblemas jurídico-sociais, com grandes expectativas populares, com um proporcional contingente de excluídos das promessas de desenvolvimento desta sociedade e que, não obstante isso, serão afetados pelas decisões desse sistema, urge que existam ferramentas para reduzir toda essa complexidade, integrando e permitindo uma real participação dos interessados/afetados nas/pelas decisões. Nas palavras do próprio Luhmann, “a legitimidade consiste num amplo convencimento factual da validade do Direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam”<sup>358</sup>.

Nesses termos, Luhmann vai afirmar que nas sociedades complexas atuais e, na medida em que crescem suas complexidades, aumentam os problemas e vão se tornando mais difíceis os acordos espontâneos, fazendo com que sejam necessários mecanismos de criação e estabilização de símbolos<sup>359</sup>. Esses mecanismos capazes de gerar estabilidade, por meio da criação de expectativas são justamente os procedimentos. Assim, para o Professor de Sociologia da Universidade de Bielefeld, procedimentos são sistemas de ação, capazes de fazer os endereçados acatarem as decisões antes de saber qual efetivamente será o decidido, ou seja, os procedimentos são geradores de validade para o Direito.

---

<sup>355</sup> *Idem. Ibidem.* P. 305.

<sup>356</sup> Este ponto aparentemente parece ter sido subestimado por Neves, tal como se pode notar em: *Idem. Ibidem.* P. 308.

<sup>357</sup> *Idem. Ibidem.* P. 310.

<sup>358</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 61.

<sup>359</sup> *Idem. Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980. P. 51.

Nesse passo, diante de todo o cenário aqui descrito, de uma sociedade complexa, macroproblemática, marcada pela exclusão e cujas decisões possuem alta carga normativa, urge que os procedimentos permitam esta inclusão e uma real legitimidade seja alcançada. Nos termos aqui trabalhados, demonstraram-se várias formas procedimentais já positivadas para garantir essa participação, *v.g.*, o *amicus curiae*, as audiências públicas, as consultas a demais tribunais *etc.*, mesmo que aqui se tenha clamado pela expansão desses institutos para áreas ainda carentes de tais ferramentas (suspensão de segurança, por exemplo).

Não obstante isso, nesta pesquisa o que se busca demonstrar é que esses procedimentos não conseguiram tecer uma real inclusão legitimadora e capaz de propiciar um controle da decisão judicial se o julgador não possuir um vínculo de fundamentação entre decisão e procedimento objetivado. Esta é a derradeira etapa do processo de objetivação aqui sustentado.

A necessidade de o julgador, nos casos de Macrojustiça ter de obrigatoriamente analisar, em sua decisão, as contribuições daqueles integrados ao procedimento jurisdicional é o que aqui estamos chamando de diálogo decisório com o procedimento objetivado. Esta pode se revelar uma excelente medida para garantir um controle intersubjetivo e democrático das decisões judiciais no cenário da Macrojustiça, posto que permite que os mais variados pontos debatidos no processo, inclusive os políticos e sociais, sejam encarados como *topói* argumentativos a serem enfrentados na fundamentação da decisão.

Neste ponto, as técnicas de objetivação unem-se à Nova Hermenêutica Constitucional, em especial, à Tópica, para buscar uma maior controlabilidade das decisões judiciais. Acredita-se que o julgador tendo o dever normativo de analisar as contribuições derivadas da abertura procedimental (pondo isto ser considerado até mesmo parte do próprio procedimento judicial), inclusive fatores extrajurídicos com relação indireta com a norma, como *topói* argumentativo da decisão, isso estabeleceria padrões mínimos de racionalidade a serem enfrentados pelo intérprete, garantindo uma proximidade do julgador com a realidade que subjaz o processo sem, todavia, manietar o intérprete no que tange à apreensão e até à criação de sentidos substantivos.

Ademais, o dever de diálogo da decisão judicial com esses novos aspectos objetivados do processo reduziria a complexidade social dos temas, gerando maior legitimidade das decisões, posto que o aplicador teria de enfrentar o debate público e as teses trabalhadas pelas instituições nos polos das demandas, gerando uma qualificação da decisão a ser debatida pela sociedade (função extraprocessual da fundamentação), o que permitiria um

maior controle e, por via de consequência, até mesmo aperfeiçoamentos do sistema jurídico através do processo legislativo-democrático.

Ademais, a defesa de um procedimento objetivado de condução não implicaria, como visto, necessariamente em uma ablação de discussões hermenêuticas substanciais, pois apenas estabeleceria padrões mínimos a serem enfrentados pelo julgador, diminuindo a possibilidade de o julgamento ser reduzido às convicções pessoais de quem julga, ferindo as noções de integridade e equidade, minorando as possibilidades de o intérprete ser capturado pelo solipsismo.

Neste ponto, é oportuno desmistificar um ponto sobre a legitimação pelo procedimento luhmanniana, posto que, contra ela, é apresentada uma ordem de crítica, manifestamente imprópria, como a de Klaus Günther, que segue uma linha habermasiana, no sentido de que para Luhmann as fundamentações jurídicas seriam “esforços inúteis”<sup>360</sup>. Com esse seguimento de crítica, busca-se reduzir Luhmann a mera forma, como se nesse modelo sistêmico, os conteúdos fossem despiciendos, o que não corresponde aos escritos do autor, como, de forma incôgrua, reconhecem os próprios críticos: “Luhmann indica que fundamentações jurídicas não podem ser afastadas *a limine*”<sup>361</sup>.

O reconhecimento, todavia, foi ainda menos enfático do que deveria, pois Luhmann é claro ao apresentar a importância dos argumentos:

“o movimento da validade e o da argumentação jurídica não opera de maneira independente um do outro, pois nesse caso não se poderia reconhecer que se tratam de operações dentro de um sistema. Essas duas operações irão se atrelar por meio de acoplamentos estruturais, isto é, por meio dos *textos*”<sup>362</sup>

Nesse passo, nota-se que os críticos, em verdade, confundem o fato de Luhmann mudar o foco da validade do Direito de algo extraível/construível apenas dos/a partir dos sentidos da norma em si mesma para buscar isso em todo “um processo metodicamente realizado, socialmente controlável, de decisão”<sup>363</sup>. Em outras palavras, o procedimento ao fazer os endereçados acatarem as decisões antes de saber qual efetivamente será o decidido, garante sua validade, mas esta validade encontra-se com a legitimidade, quando esta, mediada pelos procedimentos em que serão expostas as argumentações<sup>364</sup>.

<sup>360</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 253.

<sup>361</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>362</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 452.

<sup>363</sup> *Idem. Iluminismo sociológico*. In: SANTOS, José Manuel (org.). *O Pensamento de Niklas Luhmann*. Tradução: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005. P. 56

<sup>364</sup> *Idem. O Direito da Sociedade*.

Luhmann segue expondo a importância da argumentação com clareza solar: “justamente porque realizam a mediação da argumentação com a validade do direito, os textos são dotados de significado excepcional jurídica”<sup>365</sup>. Prossegue o autor: “Afinal, só se pode interpretar e argumentar uma vez tendo-se encontrado texto convincentes”<sup>366</sup>. O que, dentro da lógica procedimental, todavia, é refutado é crer que fundamentar seja apenas invocar razões jurídicas, posto que, com base em Shapiro<sup>367</sup>, Luhmann afirma que as meras “razões ocultam algo que na verdade é redundância”. Por fim, o autor assevera superestima o papel da argumentação e que “advogados perdem metade de seus processos após argumentar de ambos os lados”<sup>368</sup> e que “as razões últimas são sempre as razões penúltimas”<sup>369</sup>.

Essa provocação de final de Luhmann, longe de representar um niilismo ou ceticismo com a importância da argumentação e fundamentação da decisão judicial, nos termos desta pesquisa, revela a necessidade de se dar um passo adiante, no sentido de reforçar as legitimidades decisórias por meio da já posta base procedimental para que, para além do argumento melhor, mais forte ou “correto”, busque-se, como mais importante, fazer com que toda a sociedade amadureça e se desenvolva. Desse modo, esse amadurecimento, por tudo aqui exposto, depende justamente de uma democratização do processo por meio da integração de múltiplos atores sociais, principalmente, daqueles historicamente excluídos. Podendo-se afirmar derradeiramente que de nada adiantaria essa ampliação se não houver uma vinculação do julgador com o enfrentamento desses temas, o que impõe o diálogo decisório com o processo objetivado.

Não bastasse isso, pode-se mesmo afirmar que a proposta aqui apresentada vai, inclusive, ao encontro da dimensão epistêmica do processo de Michele Taruffo, posto que o próprio autor afirma que “sendo destinada à apuração da verdade dos fatos, a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo um método que permita seu controle e determine sua validade”<sup>370</sup>.

Logo, nota-se que o aqui defendido é apenas um mais robusto esclarecimento normativo, a ser construído pela via democrática, de quais pontos mínimos deveriam ser enfrentados pelo julgador no momento decisório para que este esteja em harmonia com o

---

<sup>365</sup> *Idem. Ibidem.* P. 454.

<sup>366</sup> *Idem. Ibidem.* P. 463

<sup>367</sup> SHAPIRO, Martin. *Toward a Theory of Stare Decisis.* In: *The Journal of Legal Studies*, p. 125-134, 1972.

<sup>368</sup> LUHMANN, Niklas. *Ibidem.* P. 542.

<sup>369</sup> *Idem. Ibidem.* P. 543.

<sup>370</sup> TARUFFO, Michele. *Ibidem.* P. 224.

procedimento racional que ele coroa, bem como para que possa esse método de controle da validade da decisão ser dela mesma diretamente aferível.

## 6 CONCLUSÃO

Neste momento final da pesquisa, acredita-se que foi possível apresentar os conceitos de Micro e Macrojustiça, sendo nesta o interesse social o primordial na demanda, o que gera uma repercussão política, econômica ou social, enquanto que na Microjustiça os interesses são eminentemente particulares e sem a capacidade de proliferação de efeitos que há na primeira.

A premissa de partida assim parece confirmada, ou seja, na Macrojustiça, dada a repercussão política, econômica ou social do caso, extrapola-se a própria dimensão jurídica dos problemas, além de gerar um ponto de interconexão entre a Macrojustiça e os direitos fundamentais, já que essa visão do Direito em larga escala acaba se aproximando ou mesmo se sobrepondo aos temas correlatos aos direitos fundamentais.

Desse modo, a proximidade entre direitos fundamentais e Macrojustiça potencializa os riscos sociais das decisões, ampliando o público alvo afetado, o que gera tensão antes, durante e depois do processo decisório. Previamente, há pressão dos grupos afetados seja pela decisão em tal ou qual sentido, gerando bloqueios da autonomia sistêmica do direito, visto que nos países de modernidade periférica, como o Brasil, a autopoiese do jurídico sofre primordialmente com intrusões políticas.

Esses aspectos compõem o caldeirão de problemas causadores do déficit de controle normativo e intersubjetivo das decisões no cenário da Macrojustiça, o que também reafirma as premissas desta pesquisa, possibilitando a análise da hipótese aqui trabalhada, qual seja, a de que a objetivação dos processos de tutela de direitos fundamentais pode ser uma excelente ferramenta de controle das decisões judiciais no cenário de Macrojustiça.

Para confirmar a hipótese, buscou-se apresentar que essa objetivação de processos possui fundamento teórico normativo direto do texto constitucional, através da função ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como um subdesdobramento específico da Eficácia Processual. Com o detalhamento da dimensão objetiva, sua apresentação doutrinária e normativa, acredita-se que ficou comprovada que dela se pode extrair a fundamentação de base normativa para o processo de objetivação aqui defendido.

Perquiriu-se também uma linha de fundamentação filosófica para a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais, o que foi encontrado na lógica da legitimação pelo procedimento de Luhmann e sua forma de pensar procedimental-pragmática. Além disso, foi demonstrada a possibilidade de utilização dessa lógica de objetivação procedimental em



complementação aos métodos já existentes na Nova Hermenêutica Constitucional, em especial, a Tópica.

Trabalhados esses pontos que anunciavam a possibilidade de confirmação da hipótese, buscou-se descer a um campo mais concreto para demonstrar que a objetivação de processos de tutela de direitos já é uma realidade. Para isso, a pesquisa adentrou no campo normativo jurisprudencial apresentando a objetivação decorrente, exemplificativamente dos seguintes institutos: Repercussão Geral; Súmula Vinculante; *Amicus Curiae*; Improcedência Liminar do Pedido; Sistema de precedentes Vinculantes; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Incidente de Assunção de Competência; Mandado de Injunção; e Habeas Corpus Coletivo.

Com isso, restou exposto que, atualmente, no contexto da Macrojustiça, ao tempo em que interessam a toda ou a significativa parcela da sociedade, sendo marcadas por severa repercussão política, econômica ou social, são capazes de igualmente vincular todo o corpo social. Neste particular, as conclusões foram que este processo de objetivação possui como consequências:

*i) proporciona celeridade e eficiência no trato dos macroproblemas jurídico-sociais:* autoriza que órgão públicos iniciem procedimentos para a tutela geral da coletividade, prescindindo de atuação individual, facilitando o acesso da população à Justiça e garantindo um enfrentamento *a priori* de problemas que, tratados no varejo judicial, demorariam a ser resolvidos e teriam alto potencial de ferimento da isonomia entre pessoas com idênticos problemas, mas com diferentes ações judiciais;

*ii) proporciona um maior debate público sobre o tema:* as ferramentas de objetivação estão sempre acompanhadas da abertura procedimental, mormente, por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas, o que permite um debate social amplo da matéria, o que é fundamental, visto que não somente as partes formais desses processos podem ser afetadas, mas a sociedade em amplo espectro, aumentando a legitimidade do procedimento;

*iii) impõe um dever de diálogo da decisão judicial com esses novos aspectos, reduzindo a complexidade social dos temas e gerando maior qualidade das decisões:* a objetivação, em que pese este seja o ponto ainda mais acanhado do processo de objetivação, acaba, por consequência lógica, impondo ao julgador tratar desses novos aspectos procedimentais, fazendo com que ele tenha de enfrentar o debate público e as teses trabalhadas pelas instituições nos polos das demandas, o que gera uma qualificação da decisão, que, silenciosamente, vai migrando de mero raciocínio lógico-dedutivo-substancialista para um raciocínio procedimental, fazendo com que a lógica processual reduza

a complexidade social dos problemas sob análise, gerando respostas para a sociedade com uma maior legitimidade, construída por meio de um processo judicial democrático.

Esta terceira conclusão parcial da pesquisa reforçou a hipótese inicialmente sustentada, ao demonstrar que, de fato, há uma necessidade de reformulação da ideia de decisão no contexto dos processos objetivados. No entanto, como a hipótese aqui desenvolvida também possuía uma dimensão propositiva, restava apresentar como essa proposta poderia ser pragmaticamente trabalhada. Para isso, foram desenvolvidas três possíveis aprimoramentos desse processo de objetivação, quais sejam: Incidente de Coletivização de Demandas; Suspensão de Segurança; e Fundamentação das Decisões Judiciais.

Neste último aspecto, em especial, buscou-se a comprovação da hipótese de que o diálogo da decisão judicial com o procedimento objetivado é fase final faltante do próprio processo de objetivação de tutela de direitos fundamentais, capaz de reduzir a complexidade social dos temas e gerar maior qualidade dos julgados, possibilitando o aprimoramento procedimental e o controle intersubjetivo e democrático das decisões judiciais.

Dado que, nos cenários de Macrojustiça, há uma potencial redução dos elementos técnico-jurídicos pelos elementos extrajurídicos, reforçou-se, novamente com base em Luhmann, reforçou-se a ideia de que os procedimentos são sistemas de ação, capazes de fazer os endereçados acatarem as decisões antes de saber qual efetivamente será o decidido, ou seja, reforçou-se que os procedimentos são o guião do Direito da instabilidade extrajurídica para a estabilidade possível dentro do jurídico.

Com efeito, onde há uma sociedade complexa, macroproblemática, marcada pela exclusão e cujas decisões possuem alta carga normativa, os procedimentos trazem uma possibilidade de inclusão, validade e legitimidade. As próprias modalidades procedimentais já positivadas podem, em boa medida, garantir essa participação, *v.g.*, o *amicus curiae*, as audiências públicas e as consultas. No entanto, isso somente se perfectibilizará, caso o julgador, nos casos de Macrojustiça, tenha de obrigatoriamente analisar, em sua decisão, as contribuições daqueles integrados ao procedimento jurisdicional, realizando o aqui chamando de diálogo decisório com o procedimento objetivado.

Este debate propiciará um maior controle intersubjetivo e democrático das decisões judiciais no cenário da Macrojustiça, posto que permite que os mais variados pontos debatidos no processo, inclusive os políticos e sociais, sejam encarados como *topói* argumentativos a serem enfrentados na fundamentação da decisão.

Com efeito, acredita-se que com isso restou confirmada a hipótese de que a objetivação de processos de tutela de direitos fundamentais pode contribuir com o controle das decisões judiciais nesta seara, o que não significa que isso implique se chegar a uma decisão “correta”, ou mesmo que ela garanta a utilização de argumentos melhores ou mais fortes – em que pese não ser de se estranhar caso isso ocorra -, mas que, primordialmente, será possível contribuir que a sociedade amadureça e se desenvolva, através da democratização do processo.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coord.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Reglas y principios en el razonamiento Jurídico*. Traducción: Pedro Serna. In: Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña. Nº 4, págs. 593-602. Coruña: Universidad da Coruña, 2000.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos*. In: *Revista Internacional de Direito Tributário*. Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, jan./jun., 2005.

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Doutrinas Essenciais: Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ANDRADE, José Arildo Valadão. *Objetivação do Recurso Extraordinário*. Vitória, 2011. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação de Direito Processual Civil.

ANTUNES DA ROCHA, Cármen Lúcia. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em 08.04.12.

ASSIS, Araken de. *Introdução aos sucedâneos recursais. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação de decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Tradução: Michele Nicoletti e Omar Brino. Milão: Giuffrè, 2006.

\_\_\_\_\_. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução: Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima Facie position und definitive position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998. Pp. 76 e ss. Apud: Martins, Leonardo. *Ibidem*.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual*. In: *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 389-409, Mai.-Ago. 2017.

CAMPOS, Rogério et al. *Novo código de processo civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 7ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do Tribunal*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_ ; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DREIER, Horst. *Dimensione der Grundrechte: Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektive-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 6ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FRANCELIN, Marivalde Moacir. KOBASHI Nair Yumiko. *Perspectivas teórico-epistemológicas sobre o conceito na organização do conhecimento: o discurso brasileiro*. In: *20 Años del Capítulo Español de ISKO*. Actas del X Congreso ISKO da Universidad da Coruña (Espanha), 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoria Constitucional de La sociedad abierta*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART-DAVIS, Adam ... [et al.]. Tradução: Alice Klesck. *O Livro da Ciência*. 2º edição. São Paulo: Globo, 2016.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *O Estado como integração*. Tradução: Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas. (Allgemeine Theorie Der Normen)*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLATT, Matthias (org.). *Institutionalizing Reason: Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LUHMANN, Niklas. *Illuminismo sociológico*. In: SANTOS, José Manuel (org.). *O Pensamento de Niklas Luhmann*. Tradução: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Prova e Verdade em Questões Tributárias*. In: *RIDB*, Ano 3 (2014), nº 2.

MACLACHLAN, James. *Galileu Galilei: O primeiro Físico*. Tradução: Laura Teixeira Motta. 1ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionabilidade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Leonardo (organização e introdução, coletânea original de J. Schawabe). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer-Stilfung, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTÍNEZ, Julián Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. In: *Revista Cuestiones Constitucionales*. UNAM, Núm. 15, julio-diciembre, 2006.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 6ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado. Com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. In: ALVIM, Teresa Arruda;

DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Doutrinas Essenciais: Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREIRA, Luis. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”*. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org). *O pensamento alemão no século XX*. Volume 1. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.

PECZENIK, Aleksander. *Taking Laws Seriously*. In: *Cornell Law Review*. Vol. 68:660. 1982-1983. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Evolução jurisprudencial de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso*. Apresentação de Trabalho/Comunicação: IV Encontro Anual da ANDHEP. Vitória: 08 a 10 de outubro de 2008. Grupo de Trabalho: Teoria e História dos Direitos Humanos.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíadas Editora, 2008.

POPPER, Karl Raimund. *Dois Tipos de Definições*. In: *Textos escolhidos/Karl Popper*. Organização e tradução David Miller; tradução Vera Ribeiro; Revisão de tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2010.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc#author>. Acesso em 04.07.18.

PONTES, Fernando Demetrio de Sousa. *Fundamentação das Decisões Judiciais e Interpretação Jurídica: Estudo comparativo entre as contribuições da Hermenêutica Filosófica de Gadamer e do Modelo Toulmin de argumentação racional*. 120 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2017.

POSCHER, Ralf, *The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit?*. In: KLATT, Matthias (org.). *Institutionalizing Reason: Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 81: 823. New Haven: Yale University Press, 1972.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

*Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the Judicial Role*. In: HARVARD. *Law Review*. 130. Hav. 1436. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/> Acesso em: 17 de julho de 2018.

ROCHA, Jorge Behron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista#author>. Acesso em: 05.07.18.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SELL, Carlos Eduardo; DE PAULA, Josias Jr. *A teoria sociológica e o debate micro-macro hoje*. In: *Política & Sociedade*. Vol. 15, Ed. 34, (Sep-Dec 2016): 7-17. Florianópolis, 2016.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

SHAPIRO, Martin. *Toward a Theory of Stare Decisis*. In: *The Journal of Legal Studies*, p. 125-134, 1972.

SOUZA, Rodrigo Telles de. *Investigação Criminal e Vedação ao Anonimato no Sistema Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. In: DIDIER

JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2017.

TARUFFO, Michele. Precedentes judiciais e incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos do precedente judicial. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: Micro e Macro*. São Paulo: Atlas, 2015.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Topik und Jurisprudenz - Ein Beitrag rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, da Prof.<sup>a</sup>. Kelly Susane Alflen Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seus Legados*. In: Wolkmer, Antônio Carlos (organizador). *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta: Madrid, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 235, n. 1, p.293-349, set. 2014.