



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

LUCIANA ROMANELLI RODRIGUES ALFREDO

**O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE  
CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

LUCIANA ROMANELLI RODRIGUES ALFREDO

**O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE  
CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Alves Gomes

Londrina  
2012

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da  
Universidade Estadual de Londrina**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

A392p Alfredo, Luciana Romanelli Rodrigues

O processo como instrumento de concretização da cidadania no Estado Democrático de Direito / Luciana Romanelli Rodrigues Alfredo. – Londrina, 2012.  
113 f. : il.

Orientador: Sérgio Alves Gomes.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Cidadania – Teses. 2. Acesso à justiça – Teses. 3. Efetividade no processo – Teses. 4. Concretização do Direito – Teses I. Gomes, Sérgio Alves. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

LUCIANA ROMANELLI RODRIGUES ALFREDO

**O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA  
CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Sergio Alves Gomes  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Flavio Bento  
UNOPAR – Londrina - PR

Londrina, 19 de junho de 2012

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Sergio Alves Gomes pelo importante trabalho de orientação, bem como pelos ensinamentos que me proporcionou no decorrer do curso que foram de suma importância para o enriquecimento desse trabalho.

Aos amigos Bruno Quiquinato Ribeiro e Maria Beatriz Valente Tedardi, que dividiram tantas alegrias e angústias no decorrer do curso, meu agradecimento pelo companheirismo e amizade.

Ao Professor Roberto Wagner Marquesi pelo incentivo ao estudo do direito que me tem dado desde a graduação.

Aos professores do mestrado Aurora Tomazini de Carvalho, Francisco Emilio Baleotti e Zulmar Antonio Fachin, que pelo magistério muito contribuíram para a construção e enriquecimento do presente trabalho.

À minha mãe, Laurinda, por estar sempre ao meu lado.

ALFREDO, Luciana Romanelli Rodrigues. **O processo como instrumento de concretização da cidadania no Estado Democrático de Direito.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2012.

## RESUMO

A cidadania é um conceito histórico, sendo entendida hodiernamente como o exercício de direitos constitucionalmente atribuídos ao cidadão, tais como os direitos civis, políticos, sociais e coletivos, bem como dos deveres a eles inerentes a serem exercidos por meio de uma participação direta do indivíduo no espaço público. Erigida a Fundamento da República Federativa do Brasil, a cidadania qualifica a todos como titulares de direitos frente ao Estado, visando uma sociedade justa, livre e solidária. Embora a Constituição tenha atribuído uma gama de direitos fundamentais ao cidadão, estes não se realizam em sua plenitude. A cidadania existente é uma cidadania tutelada, aquela que é formalmente deferida, mas operacionalmente constrangida. Sendo o cidadão cerceado de exercer livremente seus direitos, seja por outro cidadão, seja pelo Estado, poderá recorrer ao Poder Judiciário, por meio de seu direito de acesso à justiça, para obter a tutela adequada a seu direito. O direito de acesso à justiça se dá por meio de um processo. O processo é o instrumento pelo qual a jurisdição atua, devendo ser analisado levando em consideração sua finalidade sócio-político-jurídica. Para que ele cumpra suas finalidades ele deve ser efetivo, ou seja, deve proporcionar, através de uma real participação dos indivíduos em sociedade, a solução justa dos conflitos trazidos a juízo, concretizando o direito. Para que o cidadão obtenha a realização de seu direito através do judiciário, ele se depara com questões atinentes ao acesso e ao modo de ser do processo, bem como questões relacionadas à atuação dos juristas. Pela análise destas questões pode-se constatar se o processo é um instrumento apto a proporcionar ao cidadão a concretização de seu direito. A efetivação de tais direitos pode ser alcançada, por intermédio do processo, desde que respeitados os princípios constitucionais e que haja a devida compreensão dos mesmos pelos intérpretes da Constituição.

**Palavras-chave:** Cidadania. Acesso à Justiça. Efetividade do processo. concretização do direito.

ALFREDO, Luciana Romanelli Rodrigues. **The process as instrument of materialization of citizenship in the Democratic State of Right.** 2012. Dissertation (Master's Degree Dissertation). Universidade Estadual de Londrina.

## **ABSTRACT**

Citizenship may be understood as the practice of rights constitutionally ensured, such as the individual, group, political, social, economic and diffuse rights, as well as the obligations referred to them, to be achieved through the right participation of the individual in a public space. According to Federative Republic of Brazil Law, citizenship qualifies everyone as owners of their rights in relation to the States, recognizing the individual as part of society. Although the Constitution has been prodigal in attributing fundamental rights to the citizens such as guaranties, they do not happen in their all. The existent citizenship is protected, the one formally granted, but is constricted . Being the citizens limited in having their rights, they will be able to have access to justice to obtain from the State, through the Judiciary Power, their rights. The access to Justice is made through a judicial process. The process is an instrument, and must be analyzed as a process. Taking in consideration its purposes. To work, a process must be effective, that is must give, according to a participation of individual in society, the solution of the problems brought with justice, making real the rights. To obtain an effective process the citizen faces many obstacles related to the access and to the process, what makes difficult the realization of the rights. By analyze that questions can understand if the process is a good instrument to give to the citizen his rights. The effectiveness of those rights can be conquering by the process, since there has a respect for the principles of constitution and due comprehension by the interpreter.

**Keywords:** Citizenship. Justice access. Effectiveness of Process. materialization of Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 DA CIDADANIA</b> .....	9
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA .....	9
1.1.1 A Cidadania na Antiguidade .....	10
1.1.2 A Cidadania da Idade Média à Contemporaneidade Contemporânea .....	16
1.2 A CIDADANIA NO BRASIL .....	25
1.2.1 A Cidadania Como Fundamento da República Federativa do Brasil .....	33
1.2.2 Os vários Aspectos da Cidadania no Direito Brasileiro.....	34
1.2.2.1 Cidadania e nacionalidade .....	34
1.2.2.2 A cidadania e os direitos políticos .....	36
1.2.2.3 Cidadania e direitos civis .....	45
1.2.2.4 Cidadania e direitos sociais .....	49
1.2.2.5 Cidadania e os direitos difusos e coletivos .....	51
<b>2 DO ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	55
2.1 A CIDADANIA E O ACESSO À JUSTIÇA .....	55
2.2 DELIMITAÇÕES ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA .....	59
2.3 O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO .....	63
<b>3 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO</b> .....	67
3.1 NOÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO .....	67
3.2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS .....	74
3.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS INERENTES À CIDADANIA .....	83
3.3.1 A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.....	88
3.3.2 Posicionamento Jurisprudencial .....	92
<b>CONCLUSÃO</b> .....	100
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	103

## INTRODUÇÃO

A cidadania é um conceito histórico, que vem sendo construído por um processo de lutas. O indivíduo que durante muito tempo era visto como súdito, passou a reivindicar seus direitos e sua condição de cidadão.

A partir de então, muitos direitos foram sendo conquistados, tais como o direito à vida, à igualdade, à liberdade e ao voto.

No Brasil, a cidadania conquistou importante vitória com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Erigida a Fundamento da República Federativa do Brasil, passou a ser alicerce de nosso Estado, orientando-o na busca de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Neste contexto, passou-se a dar maior atenção aos direitos fundamentais do cidadão, assumindo a Constituição o encargo não apenas de declará-los, mas ainda, de efetivá-los, de modo a possibilitar a todos uma vida com dignidade.

Para tanto, a Constituição atribuiu aos Poderes Públicos o dever de, em sua atuação, dar máxima efetividade a esses direitos.

No entanto, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, vê-se, ainda, uma enorme necessidade de se batalhar pela efetividade desses direitos.

Dentre os meios colocados à disposição do cidadão com vistas à concretização de seus direitos, encontra-se o Poder Judiciário.

Diante disso, após discorrer acerca da cidadania, de seu desenvolvimento e de sua relevância diante do Estado Democrático de Direito, passou-se, no presente trabalho, a analisar a defesa dos direitos a ela inerentes por meio do Poder Judiciário.

No novo paradigma estatal, o Poder Judiciário passou a ter um novo papel, pois, além de atuar na solução dos conflitos, ele passou a atuar de forma a reprimir os obstáculos à efetivação dos direitos constitucionalmente atribuídos ao cidadão.

Sendo assim, qualquer cidadão cerceado de exercer livremente seus direitos, seja por atuação de particular, seja pela atuação do Poder Público, pode recorrer ao Poder Judiciário, valendo-se de seu direito de acesso à justiça, para que este lhe conceda a devida tutela a seu direito.

O direito de acesso à justiça é, pois, um dos direitos fundamentais mais importantes concedidos ao cidadão, na medida em que, por seu intermédio, outros direitos fundamentais podem ser concretizados.

Dada a relevância desse direito, fez-se uma delimitação acerca de seu conceito, bem como uma análise acerca dos obstáculos à sua efetivação e dos meios instituídos pela Constituição tendentes a conceder ao cidadão um efetivo acesso à justiça e não mais um mero acesso aos tribunais.

Feitas as observações acerca do acesso à justiça, passou-se a estudar o processo, meio pelo qual a jurisdição atua, ressaltando a sua instrumentalidade.

O processo é um instrumento e como tal, deve ser analisado levando-se em consideração as finalidades a que se destina, quais sejam, a de promover, por meio da participação efetiva das partes, a eliminação dos conflitos com justiça, de modo a obter a concretização do direito.

Para que o processo desempenhe seu importante papel na concretização dos direitos inerentes à cidadania, várias questões são observadas, tais como as relacionadas ao acesso e ao modo de ser do processo, bem como as questões relacionadas à utilização de tutelas adequadas à natureza do direito posto em questão.

Ao lado destas questões outras são levantadas, como as relacionadas à atuação do intérprete judicial no decorrer do processo e as atinentes aos limites de atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos inerentes à cidadania frente ao paradigma de estado atual.

É neste contexto que se desenvolve o presente trabalho. Fazendo-se um estudo acerca do processo – instrumento pelo qual a jurisdição atua – se busca analisar o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos inerentes à cidadania no contexto do Estado Democrático de Direito.

# 1 DA CIDADANIA

## 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA

Ao se desenvolver um estudo acerca da cidadania faz-se necessário, antes de tudo, compreender o que é cidadania, qual o verdadeiro alcance de ser um cidadão dentro de uma sociedade.

Contudo, não há como descrevê-la por meio de uma definição estanque, pois, cidadania é um conceito histórico que se constitui ao longo da história, o que significa dizer que seu sentido varia no tempo e no espaço; de modo que ser cidadão em um Estado é diferente de ser cidadão em outro, não apenas pelas regras que o definem, mas também pela gama de direitos e obrigações que lhes são atribuídos.<sup>1</sup>

Neste sentido, não há uma evolução da ideia de cidadania que seja válida para todos os povos e todos os países. Cada Estado, por meio de uma maior ou menor participação do indivíduo em sociedade, por meio de uma maior ou menor abertura do status de cidadão para sua população, desenvolveu seu próprio conceito de cidadania.<sup>2</sup>

No entanto, ao se tentar construir um conceito de cidadania, faz-se necessário analisar sua evolução ao longo da história, voltando-se, naturalmente, a suas origens na antiguidade, no mundo greco-romano.

A conceituação dada à cidadania no mundo antigo se difere e muito da conceituação que hoje se idealiza, pois se tratam de mundos diferentes, com sociedades distintas nas “quais pertencimento, participação e direitos têm sentidos diversos”; enquanto que o mundo antigo se estruturava por cidades-estados, o mundo contemporâneo se estrutura por Estados-nacionais.<sup>3</sup>

Contudo, embora não se possa falar em uma continuidade histórica entre os mundos antigo e contemporâneo, deve-se ressaltar a importância da cidadania no mundo antigo que trouxe, por meio de suas experiências, importantes

---

<sup>1</sup> PINSKY, Jaime. *Introdução*. In: PINSKY, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 9.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>3</sup> GUARINELLO, Norberto Luiz. *Cidades-estados na antiguidade clássica*. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 29-30.

elementos para a formação e o enriquecimento da cidadania no mundo contemporâneo; razão pela qual se faz necessário um breve estudo a respeito.<sup>4</sup>

### 1.1.1 A Cidadania na Antiguidade

A palavra cidadania foi utilizada pela primeira vez na Grécia antiga, onde era qualificado cidadão aquele que estivesse em condições de opinar a respeito dos assuntos da sociedade.<sup>5 6</sup>

A sociedade grega tinha, inicialmente, como estrutura social as denominadas cidades-estados, associações de proprietários de terra que, gradativamente, foram se fechando, se estruturando como comunidade, excluindo os estrangeiros e defendendo coletivamente suas propriedades de agressões externas.<sup>7</sup>

Com o seu desenvolvimento, cada cidade-estado sofreu maior ou menor permeabilidade por parte de outros povos; foram sendo criados costumes, moedas e leis comuns, como modo de identidade de cada comunidade, definindo seu território e produzindo o cidadão, ente pertencente à comunidade.<sup>8</sup>

A comunidade grega no período clássico era, pois, uma comunidade holística, onde o cidadão era um ente pertencente ao Estado, onde sua vontade e sua conduta deveriam se adequar aos fins estabelecidos por este, não havia espaço para o individualismo; a identidade comunitária se sobrepunha à identidade individual.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 29-30.

<sup>5</sup> Embora a civilização grega, tenha ocupado grande parte da região mediterrânea ocidental, era considerado grego, pela definição dada por eles mesmos na Antiguidade, aquele que falava a língua grega. De modo que onde quer que houvessem gregos, ali estava a Grécia (FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 13). Dada sua diversidade de costumes, ao se mencionar acerca dos gregos, para efeito do presente trabalho, nos ateremos, ainda que em linhas gerais, aos costumes de duas de suas maiores cidades-estados: Esparta e, sobretudo, Atenas.

<sup>6</sup> Nas palavras de Aristóteles, “cidadão é aquele que participa do governo”. “[...] e sua qualidade característica é ter o direito de administrar a justiça e de exercer as magistraturas” (*Política*. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 114 e 115).

<sup>7</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 32-33.

<sup>8</sup> Segundo Aristóteles, “Não é certo supor que cada cidadão deve cuidar de seu próprio destino, pois todos os cidadãos pertencem à Cidade; cada um é uma parte que integra o todo da Cidade, e os cuidados para com a parte são inseparáveis dos cuidados para com o todo”. (*Política*, p. 267).

<sup>9</sup> PAULA, Ricardo Henrique Arruda. *Cidadania e individualismo em Aristóteles e Cristo: Estudo comparativo de antropologia filosófica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 24.

Neste período a cidadania se transmitia, de modo geral, por vínculo de sangue. Em Atenas, por exemplo, só era considerado cidadão o homem adulto (maior de 18 anos) nascido de pai e mãe atenienses.<sup>10</sup>

Em determinado período da história grega, aquele que migrasse para outras comunidades perdia sua cidadania original.<sup>11</sup>

Embora houvesse uma tendência pelo fechamento dessas comunidades, no que se refere à cidadania, esta podia ser concedida como homenagem a uma personalidade importante ou como retribuição a um favor prestado à coletividade.<sup>12</sup>

Sendo o cidadão entendido como um ente pertencente à comunidade, dela devia participar das festividades, de seu culto e de suas decisões políticas.

A participação do cidadão no processo político era direta e suas decisões eram tidas como soberanas, estando submetidas apenas às leis resultantes de sua própria deliberação. Essa participação era indispensável à existência da própria cidade-estado.<sup>13</sup>

No entanto, nem todos aqueles que participavam da vida cotidiana de uma comunidade, com seu trabalho e recursos, pertenciam ao corpo de cidadãos. Dentre seus habitantes, estavam excluídos, por exemplo, os estrangeiros residentes, os povos dominados – como os hilotas, dominados pelos espartanos e a quem deveriam servir – e os escravos.

Pertencer ao corpo de cidadãos de uma comunidade era, pois, um privilégio concedido a poucos e era tida como algo inestimável.

A cidadania dentro da comunidade de uma cidade-estado possuía outra particularidade. Além de não ser concedida a todos seus habitantes também era distinta entre seus próprios concidadãos.

As mulheres, por exemplo, eram tidas como membros da comunidade, mas membros menores; viviam à margem da vida pública, sem direito

<sup>10</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 36.

<sup>11</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 34.

<sup>12</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 35.

<sup>13</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*, p. 36; CARDOSO, Ciro Flamarion. *A cidade-estado antiga*. São Paulo: Atica, 1993, p. 8.

à participação política, tendo seus direitos individuais restritos, sendo tuteladas e dominadas pelos homens.<sup>14</sup>

Sua condição dentro da comunidade era, pois, assemelhada ao dos cidadãos, dada sua liberdade; contudo, elas eram inaptas a comandarem a si próprias. Sua função dentro da sociedade se restringia ao exercício de um papel civil: ser esposa de cidadão.<sup>15</sup>

Outro exemplo é o dos pequenos proprietários de terras, camponeses, artesãos e comerciantes, que possuíam uma posição distinta dentro da sociedade, o que ocasionava muitos conflitos internos, geralmente relacionados à participação política dentro da comunidade.<sup>16</sup>

Por serem as cidades-estados, em sua maioria, sociedades guerreiras, o controle da comunidade ficava a cargo de uma aristocracia, formada por senhores de guerra, que se destacavam por suas conquistas militares e suas posses; eram tidos como os “melhores” dentre os cidadãos. Seu poder dentro da comunidade manifestava-se, por exemplo, pela possibilidade de escravizar seus concidadãos por dívidas não-pagas, de tomar-lhes as terras e de excluí-los de sua comunidade.<sup>17</sup>

Com o passar dos tempos, o comércio se desenvolveu, houve maior circulação de riquezas e ideias, os núcleos urbanos se desenvolveram, a primitiva sociedade agrícola tornou-se mais complexa.

Consequentemente, essa aristocracia foi perdendo força, surgindo uma maior abertura no espaço público, o que proporcionou, gradativamente, efeitos tais como a garantia da liberdade individual dos membros da comunidade, a publicação de leis escritas e a reestruturação do exército.<sup>18</sup>

Neste compasso, os cidadãos de classe média e pobre passaram a participar da defesa da cidade e a reclamar por maior participação nas decisões políticas, o que provocou muitas guerras civis.<sup>19</sup>

Estes conflitos passaram a ser decididos por um legislador escolhido pela cidade-estado como mediador de conflitos, ou por um tirano (“Senhor” em grego). As leis passaram a ser públicas e as decisões, ainda que tomadas por um

---

<sup>14</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 37.

<sup>15</sup> PAULA, op.cit., p. 78.

<sup>16</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 37.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 38-39.

<sup>18</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 39.

<sup>19</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 26.

corpo restrito passaram a ser coletivas, estabelecidas por meio de discussões e voto.<sup>20</sup>

Com o fim da aristocracia, as formas de participação passaram a ser variadas em cada cidade. Algumas se transformaram em oligarquias, mantendo a participação no poder restrito às famílias mais abastadas, ou organizando o corpo de cidadãos por escala de riquezas. Outras desenvolveram formas mais abertas de participação, estabelecendo, por exemplo, a democracia, que era exercida por todos os cidadãos, embora estes ainda fossem uma classe restrita.<sup>21</sup>

As antigas cidades-estados, fragmentadas pelas disputas internas e fechadas quanto ao exclusivismo de sua cidadania, encontrou dificuldades em fundir-se em comunidades mais amplas, razão pela qual se tornaram fracas diante de um mundo em expansão, o que só ocorreu tempos depois, com a formação de grandes impérios.<sup>22</sup>

O maior e mais importante império, sobretudo no que diz respeito à cidadania, foi o império romano, que unificou todas as cidades-estados e toda a bacia do Mediterrâneo.<sup>23</sup>

A cidadania em Roma, diferentemente da cidadania grega, não mais representava um atributo de um ente pertencente à cidade, deixou de representar, politicamente, uma comunidade de direitos e deveres; a cidadania romana passou a ser vista como um atributo pessoal, não mais público.<sup>24</sup>

Como acentua Funari, “os gregos tinham primeiro a cidade, *polis*, e só depois o cidadão, *polites*, enquanto que para os romanos era o conjunto de cidadãos que formava a coletividade”.<sup>25</sup>

No entanto, a cidadania romana, assim como a grega, ainda era vista como um privilégio concedido a poucos. Inicialmente apenas os patrícios, grupo de proprietários rurais que mantinham o monopólio dos cargos políticos e religiosos, possuíam a cidadania plena. O restante da população era excluído da cidadania.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 40.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>24</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 45.

<sup>25</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos*. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 49.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 50.

Gradativamente a cidadania foi ganhando espaço. A cidadania romana passou a ser concedida a aliados e às elites de províncias romanas, de acordo com a fidelidade que estas demonstravam ao Império romano.

Em 89 a.c., por meio da chamada Guerra dos sócios, a cidadania romana foi concedida a todos os cidadãos das cidades romanas, sem que perdessem a cidadania de suas cidades de origem.<sup>27</sup>

Contudo, a cidadania romana, embora tenha alcançado um maior número de pessoas, não era igualitária entre todos aqueles que a possuíam. Havia grandes diferenças de direitos entre patrícios e plebeus.<sup>28</sup> Plebeus eram os cidadãos que não possuíam os mesmos direitos dos demais.

Dentre os plebeus mencionam-se os camponeses livres de poucas posses, os artesãos e os comerciantes.<sup>29</sup>

Os não-patrícios que eram aceitos pelo Senado não tinham direito a voto, eram “conscritos”. Do mesmo modo, os plebeus que adquiriram riquezas por meio do artesanato e do comércio, não podiam desfrutar dos mesmos direitos concedidos aos patrícios.<sup>30</sup>

Em decorrência disso, muitas revoltas foram travadas entre patrícios e os demais grupos, na tentativa de conquistar direitos civis, políticos e sociais.

Com o passar dos tempos, os plebeus foram ganhando espaço e a cidadania se expandindo. Passou-se a publicar as leis, de modo que as pessoas pudessem recorrer a elas para reivindicar e defender seus direitos, sem ter que se sujeitar a classes dominantes.<sup>31</sup>

Com a publicação das leis, mostrou-se a preocupação de dar a todos acesso à informação de suas prerrogativas jurídicas, bem como com a possibilidade de recorrer de abusos cometidos pela classe dominante, dois elementos fundamentais à cidadania.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> GUARINELLO, op.cit., p. 43.

<sup>28</sup> No que se refere aos direitos, destaca-se a importância da Lei das XII tábuas, redigida em 450 a.c.. Esta codificação assegurava uma certa igualdade entre os cidadãos, ainda que mediante certos limites. Dentre suas disposições, esta codificação dispunha sobre o desenvolvimento do processo, o direito penal, o direito de propriedade, o direito de família e o direito de sucessão. (DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. São Paulo: Madras, 2007, p. 35).

<sup>29</sup> FUNARI, Pedro Paulo, *A cidadania entre os romanos*, p.51.

<sup>30</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos*, p.51.

<sup>31</sup> Ibidem, p.53.

<sup>32</sup> Ibidem, p.60.

Neste sentido, os plebeus enriquecidos passaram a usufruir de maiores direitos políticos e alguns benefícios sociais foram concedidos às camadas mais pobres. Diversos cargos que até então eram restritos a patrícios passaram a ser exercidos também por plebeus.<sup>33</sup>

Outra importante conquista no campo da cidadania foi a extinção da servidão por dívida. Até então, os escravizados, ainda que temporariamente, perdiam todos os direitos civis.<sup>34</sup>

Importante ressaltar as contribuições trazidas referentes aos direitos políticos. Diferentemente de muitas cidades gregas, onde o voto era restrito, em Roma votavam, inclusive, pobres e libertos, tanto para as questões eleitorais quanto legislativas.<sup>35</sup>

O voto passou a ser escrito e secreto, permitindo-se a participação nos comícios inclusive de quem não tinha direito ao voto.<sup>36</sup>

Neste sentido, destaca-se a presença de outro elemento, que se encontra implícito no conceito moderno de cidadania; trata-se da opinião pública. A opinião pública em Roma aceitava tanto os libertos e pobres quanto as mulheres.<sup>37</sup>

A participação popular pode ser encontrada, ainda, nos jogos de gladiadores. Embora possa parecer bizarro, estes jogos não se limitavam à mera diversão, eles eram, verdadeiramente, uma manifestação da soberania popular, onde o destino do perdedor não podia ser decidido nem pelo magistrado nem pelo imperador. Era decidido pela multidão, em que participavam homens e mulheres, ricos e pobres.<sup>38</sup>

No entanto, embora muito se tenha conquistado, muito se perdeu com o tempo. As prerrogativas inerentes ao cidadão romano desapareceram, na medida em que todos se tornaram súditos do imperador.<sup>39 40</sup>

---

<sup>33</sup> Ibidem, p.54.

<sup>34</sup> Ibidem, p.54.

<sup>35</sup> Ibidem, p.63.

<sup>36</sup> Ibidem, p.63.

<sup>37</sup> FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos*, p.69.

<sup>38</sup> Ibidem, p.71.

<sup>39</sup> Ibidem, p.75.

<sup>40</sup> Vale ressaltar que, ainda que tratada em linhas gerais no presente trabalho, a cidadania em Roma se desenvolveu durante séculos, e pode ser analisada em três períodos pelo qual se divide a história de Roma: 1º: Realeza – que data da fundação de Roma (754 a.c.) até o ano de 200 a.c.); 2º: República – Desde o fim da segunda guerra púnica (início do século II a.c.) até 27 a.c.; 3º: Império – de 27 a.c. até a morte de Justiniano (565 d.c.). (Ver: DUCOS, Michèle, *Roma e o direito*, p. 34, n. 37; ALVES. José Carlos Moreira. *Direito romano*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.1, p. 30, 56).

Com o exposto, podem-se constatar importantes elementos oriundos da cidadania na antiguidade que se encontram arraigados na cidadania contemporânea.

Embora, como ressaltado, não se possa falar em uma continuidade da cidadania, pode-se constatar que a cidadania na Grécia antiga muito contribuiu com a introdução de elementos tais como a democracia e o direito ao voto.

Fala-se aqui, de uma democracia cujo fundamento é a liberdade fundamentada na igualdade; onde o cidadão possa se expressar livremente, da mesma forma que os demais.<sup>41 42</sup> Daí a liberdade para os gregos ter sido entendida como “igualdade de falar”, direito de participar igualmente da direção da coisa pública.<sup>43</sup>

Do mesmo modo, a cidadania romana, que nos legou o voto secreto e a relevância da soberania popular.

Embora estas civilizações tenham contribuído com importantes elementos que constituem a cidadania hodierna, trazia arraigada em si um elemento que, ainda que de uma maneira negativa, muito influenciou a construção da cidadania. Tratava-se de um traço discriminatório, representado pela superioridade de classe social.

### 1.1.2 A Cidadania da Idade Média à Contemporaneidade

Durante os anos que se seguiram, o status de cidadania continuou a ser visto como um parâmetro distintivo de classes sociais. Não havia, ainda, uma uniformidade de direitos e deveres concedidos a todos os homens, sejam nobres ou plebeus, livres ou escravos, com os quais eram investidos por pertencerem a uma sociedade. Embora algumas cidades medievais possuísem traços de uma verdadeira cidadania, esta era restrita a um determinado local, não possuíam caráter nacional.<sup>44 45</sup>

<sup>41</sup> PINSK, Jaime. *100 textos de história antiga*. São Paulo: HUCITEC, 1972, p. 87.

<sup>42</sup> A democracia ateniense, exercida no âmbito restrito dos cidadãos, “representou uma experiência notável de participação direta no poder de todas as camadas sociais, independentemente da riqueza ou posição social”. (GUARINELLO, op.cit., p. 40).

<sup>43</sup> REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998, p. 297.

<sup>44</sup> MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 64.

<sup>45</sup> No que tange à abordagem dos direitos fundamentais em sua perspectiva histórica e no que se refere à sua dimensão espacial a ser desenvolvida neste capítulo, impende considerar que será

As leis existentes eram voltadas apenas aos súditos. Os direitos e liberdades individuais eram concedidos à pequena parcela da população, a exemplo da Magna Carta de 1215, que garantia à Igreja e aos nobres ingleses alguns privilégios feudais.

Como acentua Sarlet,

Desde já há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses 'direitos' e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado por desigualdades, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo.<sup>46</sup>

Neste sentido, tem-se que os direitos concedidos pela Magna Carta, bem como os direitos concedidos por outras que a seguiram à época, não podiam ser entendidos, em seu tempo, como verdadeiras conquistas não apenas pelo fato de serem concedidos a poucos, mas ainda, por poderem ser arbitrariamente retirados pela autoridade monárquica.<sup>47</sup>

No entanto, no que tange à Carta Magna de 1215, tem-se que, embora ela tenha excluído parte da população do acesso a direitos nela consagrados, há que se considerar que ela desempenhou um importante papel na consagração de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à propriedade privada, o devido processo legal, a garantia do acesso à justiça e a liberdade de locomoção.<sup>48</sup>

Essa Carta, embora restrita a alguns estamentos, passou a ser entendida como um marco histórico na luta dos direitos fundamentais dos cidadãos,

---

limitado ao desenvolvimento ocorrido na Europa – sobretudo na Inglaterra e França - e Estados Unidos, tendo em vista a influência deste desenvolvimento para o desenvolvimento ocorrido no Brasil.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>48</sup> A título de exemplo menciona-se Magna Carta, 1215: n. 39 (devido processo legal): “nenhum homem livre deverá ser detido, aprisionado, privado dos seus bens, incriminado, banido, ou de qualquer modo destruído, nem Nós moveremos ação contra ou o processaremos, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares e pela lei do país”. N. 40 (acesso à justiça): “A ninguém Nós venderemos, a ninguém nós negaremos ou retardaremos, direito ou justiça”.

sendo referência para os ideais das Revoluções – americana e francesa - que séculos mais tarde muito contribuiriam para a sedimentação de tais direitos.<sup>49</sup>

Durante a idade média vigorava o regime absolutista, onde a autoridade monárquica detinha não apenas o poder político, mas ainda, o poder absoluto sobre seus súditos, sendo fonte de direitos e dos ditames da justiça. Aos súditos só cabia o dever de obedecê-lo.

No entanto, com o passar do tempo, os súditos, não mais se conformando com a ideia de serem apenas habitantes da cidade onerados com deveres, passaram a se opor ao arbítrio do soberano por meio de lutas pela liberdade e pelos direitos individuais.<sup>50</sup>

Neste contexto, muitas outras Cartas de direitos surgiram com a finalidade de limitar o poder do soberano e garantir a positivação dos direitos e liberdades civis, a exemplo da *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus act* (1679) e do *Bill of Rights* (1689).

No entanto, estas declarações, a exemplo da Carta Magna de 1215, continuaram a excluir parte da população do gozo dos direitos nela consubstanciados, privilegiando o clero e a nobreza. O que as diferenciou da Carta de 1215 foi que, dado o seu caráter mais geral e abstrato em relação àquela, os direitos e garantias individuais nelas consubstanciados, passaram a ser aproveitados pela burguesia rica.<sup>51</sup>

Em meio a esse regime absolutista, marcado por desigualdades, começou a ganhar força a doutrina do direito natural, que pregava a ideia de que o homem era portador de prerrogativas naturais, existentes antes e independentemente das normas do Estado.<sup>52</sup> Para os intelectuais da época esta é que deveria ser considerada a verdadeira fonte de direito e de justiça, de modo a se conquistar uma sociedade justa e igualitária.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

<sup>50</sup> GOMES, Sergio Alves. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação*. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 51, p. 53-101, abr/jun, 2005, p. 74.

<sup>51</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

<sup>52</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 29.

<sup>53</sup> ODALIA, Nilo. *A liberdade como meta coletiva*. In: PINSKI, Jaime (org). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 161.

Entre os defensores dessa doutrina destaca-se Locke, para quem o homem encontrava-se naturalmente em estado de absoluta liberdade, podendo dispor livremente de sua pessoa e de seus bens estando, ainda, todos em estado de igualdade, no sentido de que ninguém em tal estado estaria sujeito à autoridade de outrem.<sup>54</sup>

Sendo assim, direitos como os de liberdade religiosa e de expressão, a manutenção da segurança, direito à vida, à propriedade e à resistência à tirania, passaram a se apresentar como direitos fundamentais do indivíduo, não podendo ser molestados pelo poder estatal.<sup>55</sup>

Iniciava-se, neste contexto, a transição do cidadão-súdito para o cidadão-cidadão; iniciava-se, pois, um processo de construção do homem como sujeito de direitos civis.<sup>56</sup>

A ideia de um direito natural ao homem, anterior ao direito do Estado, propagou-se pela América, sendo expressa no art. 1º da Declaração do bom povo da Virgínia, de 1776<sup>57</sup>, sendo repetida, meses depois, na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América.<sup>58</sup>

A Declaração da Independência proclamava que todos os homens eram iguais e dotados por Deus de direitos inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.<sup>59</sup>

Embora esta Carta tenha proclamado a garantia de direitos individuais frente ao Estado, ela convivia com a ideia de desigualdade entre homens e mulheres e com a instituição da escravidão.<sup>60 61</sup>

<sup>54</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: Filosofia e metodologia jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 60.

<sup>55</sup> MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006, p. 22.

<sup>56</sup> MONDAINI, Marco. *O respeito aos direitos dos indivíduos*. In: PINSKI, Jaime (org). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 116; ODALIA, op.cit., p. 159.

<sup>57</sup> Art. 1º da Declaração do Bom povo da Virgínia: "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118).

<sup>58</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 50.

<sup>59</sup> KARNAL, Leandro. *Estados Unidos, liberdade e cidadania*. In: PINSKI, Jaime (org). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 142.

<sup>60</sup> KARNAL, op.cit., p. 143.

<sup>61</sup> Como esclarece Leandro Karnal, "Admitir o conceito de cidadania como um processo de inclusão total é uma leitura contemporânea" *Estados Unidos, Liberdade e cidadania*. (KARNAL, op.cit., p.144).

Ladeado à ideia de direito natural, propagava-se, ainda, a ideia de separação dos Poderes, com a finalidade de neutralizar o Poder estatal e proteger esses direitos “naturais” dos indivíduos.<sup>62</sup>

Esse ideário foi reforçado, anos depois, pela Revolução francesa, de 1789.

Durante a Revolução francesa, buscou-se combater as injustiças sociais ligadas a diferenças de classes, tendo, como uma de suas propostas, a eliminação dos privilégios da nobreza. Nesse período, passou-se a utilizar a palavra “cidadão” para exprimir que não haveria mais nobres e que todos estavam em condições de igualdade para participar da vida social e influir sobre o governo.<sup>63</sup>

As liberdades individuais, tais como a liberdade de expressão e liberdade de ir e vir, passaram, pois, a ser de interesse dos indivíduos como um todo, independentemente de sua posição social.<sup>64</sup>

Foi neste período, portanto, que se sedimentaram os direitos civis, que tinham como função primordial assegurar a todos a igualdade de direitos e obrigações, não mais privilegiando indivíduos ou grupos.<sup>65</sup>

Embora a revolução francesa tenha contribuído na luta pela cidadania e na proclamação dos direitos civis, ela introduziu a ideia de duas categorias de cidadãos, o cidadão ativo e o cidadão passivo, modalidades estas, expressas na Constituição Francesa de 1791. Essa ideia característica do Estado liberal foi um resgate da ideia de cidadania romana, de cunho discriminatório, relacionada à ideia de classe social.

Cidadão ativo, o único a exercer a cidadania plena, era o cidadão do sexo masculino que possuía formação educacional e propriedades<sup>66</sup>. O que formalizava a divisão entre os dois tipos de cidadãos era o voto censitário. Assim, grande parte dos cidadãos era excluída da participação no processo político, devido

---

<sup>62</sup> MONDAINI, Marco. *Direitos humanos*, São Paulo: Contexto, 2006, p. 17.

<sup>63</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de direito e cidadania*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197.

<sup>64</sup> MONDAINI, Marco. *O respeito aos direitos dos indivíduos*, p. 131.

<sup>65</sup> BARRETO, Vicente. *O conceito moderno de cidadania*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 192, p.29-37, abr/jun 1993, p.34-35.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003, p. 105-106.

ao fato de não atingirem um mínimo de renda;<sup>67</sup> dentre eles estavam as mulheres e os homens de baixa renda.

Diante disso, temos que a cidadania liberal foi uma cidadania excludente, expressada pelo status econômico, vedando o direito à representação política e a possibilidade de fazer representar em um dos três poderes aos não-proprietários de terras.<sup>68</sup>

Assim, tem-se que a cidadania liberal do final do século XVIII e início do século XIX era retratada pelos direitos civis em caráter universal, ao qual novos direitos foram se agregando. No que tange aos direitos políticos tem-se que estes não se incluíam dentre os direitos da cidadania, constituindo-se privilégios de uma classe econômica. Como assevera Marshall, a cidadania, neste período “não conferia um direito, mas reconhecia uma capacidade”.<sup>69</sup>

Neste sentido, pode-se afirmar que os direitos políticos no século XVIII eram deficientes, não em seu conteúdo, mas em sua distribuição.<sup>70</sup>

Essa situação se modificou ainda no início do século XIX, com as mudanças de bases sociais do Estado liberal que, em substituição ao antigo regime absolutista, passou a dar espaço a um Estado de direito, baseado na representação política e na lei.<sup>71</sup>

Era o momento da supremacia da lei, como garantia dos direitos individuais em oposição à concentração de Poder do Estado. A representação política, que até então era monopólio de um grupo fechado (inacessível por esforço próprio), passou a ser aberta. Houve, pois, por meio de um processo de democratização do Estado liberal, um alargamento de suas bases sociais que deixaram de ser exclusivamente de proprietários para dela participar também, os não –proprietários.<sup>72</sup>

Assim, por meio do sufrágio universal, que concedia o direito de voto a todos os cidadãos, transferiu-se a base dos direitos políticos do substrato econômico para status pessoal.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> BARRETO, op.cit., p.32.

<sup>68</sup> MONDAINI, Marco. *O respeito aos direitos dos indivíduos*, p. 131.

<sup>69</sup> MARSHALL, op.cit, p. 69-70.

<sup>70</sup> MARSHALL, op.cit., p. 69.

<sup>71</sup> BARRETO, op.cit., p. 32 e 35.

<sup>72</sup> BARRETO, Vicente. **Cidadania e Justiça Social**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25994/25557>>. Acesso em 07/04/2009.

<sup>73</sup> MARSHALL, ob.cit., p. 70.

Vale ressaltar que os direitos políticos, diferentemente dos direitos civis, não consistiam em novos direitos criados para enriquecer o status já gozado por todos, mas “na doação de velhos direitos a novos setores da população”.<sup>74</sup>

Deste modo, o cidadão passou a ter agregado a seus direitos civis, os direitos políticos, entendidos estes como “o direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo”.<sup>75</sup>

Em meados do século XX, a conquista dos direitos políticos pelo cidadão abriu espaço para uma nova luta: a luta pelos direitos sociais.

Até este momento da história, os direitos sociais eram dissociados da ideia de cidadania. Os direitos sociais que porventura eram concedidos aos indivíduos, eram uma tentativa de diminuir a pobreza sem, contudo, alterar o padrão de desigualdade existente.<sup>76</sup>

Muitos dos direitos sociais mínimos eram concedidos aos indivíduos exatamente pelo fato de não exercerem os direitos inerentes à cidadania então vigente, a exemplo da *Poor Law* inglesa (1834-1918). Essa lei, que tratava das reivindicações dos pobres, não as tratava “como uma parte integrante de seus direitos de cidadão, mas como uma alternativa deles – como reivindicações que poderiam ser atendidas somente se deixassem inteiramente de ser cidadão”.<sup>77</sup>

Exemplo desta assertiva podia ser encontrado entre os indigentes, que abriam mão de sua liberdade pessoal devido ao internamento nas casas de trabalho, sendo obrigados pela lei a abrir mão de seus direitos políticos.<sup>78</sup>

Com a extensão dos direitos políticos aos não-proprietários de terras, as leis, que até então eram feitas para privilegiar os interesses da burguesia, passaram também a cuidar dos interesses de outras camadas da população. As reivindicações sociais ganharam, pois, o status de direito.<sup>79</sup>

Dentre os direitos inerentes a esta categoria encontram-se o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, ao repouso, à habitação, ao saneamento, à greve, à livre associação sindical, dentre outros.

---

<sup>74</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>79</sup> BARRETO, Vicente. *O conceito moderno de cidadania*, p. 35.

Com o crescimento da industrialização agravaram-se os problemas sociais e econômicos; com isso, intensificaram as reivindicações pelos direitos de liberdade e igualdade que, embora formalmente consagrados, não propiciavam a efetiva garantia de seu gozo aos cidadãos. Dado os movimentos reivindicatórios, o Estado passou a desempenhar um papel mais ativo na realização da justiça social.<sup>80</sup> Neste contexto, nasceu o Estado social.

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer a presença do poder político nas esferas sociais. Em decorrência disso, aumentou-se a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que se encontrava, de prover suas necessidades mínimas; passou-se, conseqüentemente, a ter um encolhimento da esfera de autonomia do indivíduo.<sup>81</sup>

Diante disso, tem-se que, embora esse modelo de Estado tenha propiciado a promoção dos direitos sociais, mostrou-se insuficiente no que diz respeito à realização dos valores básicos de convivência humana; pois, ao contrapor-se ao modelo Liberal de Estado, tendenciou a tudo promover e abranger, suprimindo, deste modo as liberdades individuais, tratando o indivíduo como um integrante da massa.<sup>82</sup>

Em superação ao Estado liberal e ao Estado social de direito, surge o Estado Democrático de Direito, modelo de Estado que busca harmonizar a esfera pública, onde se situa o Estado, a esfera individual, onde se situa o indivíduo, com a esfera coletiva, onde se situa o indivíduo enquanto membro de um grupo.<sup>83</sup>

Esse modelo de Estado se pauta, pois, por um equilíbrio entre os interesses do Estado e a garantia da liberdade individual do cidadão.<sup>84</sup>

No Estado despótico, como visto, os indivíduos só tinham deveres e não possuíam direitos. No Estado absoluto, os indivíduos passaram a possuir, em relação ao soberano, direitos privados.<sup>85</sup>

Com o advento do Estado liberal de direito passou-se a ter a proteção do indivíduo contra o Estado, atribuindo-se a ele direitos subjetivos públicos. Somente com o surgimento do Estado de direito é “que ocorre a passagem

---

<sup>80</sup> SARLET, op.cit., p. 55.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.200.

<sup>82</sup> GOMES, op.cit., p.78.

<sup>83</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 25.

<sup>84</sup> SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, op.cit., p.107.

<sup>85</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 58.

final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos”.<sup>86</sup>

No entanto, embora o mero Estado de direito vise proteger os direitos individuais, ele não garante a participação dos destinatários no seu exercício. Tal fato somente se dá no Estado Democrático de Direito, pois só neste modelo de Estado é que o povo participa dos negócios do Estado.<sup>87</sup>

O Estado Democrático de Direito não se limita, pois, assim como o Estado social de Direito, a dar melhores condições sociais ao indivíduo; ele atua no sentido de fomentar a participação pública no processo de construção da sociedade, erigindo a democracia como elemento primordial na solução dos problemas atinentes às condições materiais de existência.<sup>88</sup>

Deste modo, tem-se que, no Estado Democrático de Direito busca-se transformar a realidade por meio da participação efetiva do povo na coisa pública; visa-se, pois, “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”.<sup>89</sup>

É por intermédio do princípio democrático que a cidadania se manifesta no Estado Democrático de direito.

Feita estas observações, tem-se que a cidadania não é um conceito estanque e sim um conceito histórico, que varia no tempo e no espaço. A cidadania que outrora foi associada à nacionalidade e à participação política, é hoje entendida de forma muito mais ampla, abrangendo o exercício de um número cada vez maior de direitos e garantias fundamentais.<sup>90</sup>

Esses direitos, que são inerentes aos cidadãos, vêm se modificando de acordo com a história. Direitos como a propriedade, que já foram entendidos como absolutos no século XVIII, são hoje relativizados; ao passo que direitos, que

---

<sup>86</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>87</sup> SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, op.cit., p. 105.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-98.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

<sup>90</sup> Sem desconsiderar os direitos humanos inerentes a todos os indivíduos, concebem-se os direitos dos cidadãos como direitos fundamentais, entendidos “aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais” (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9 ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 33).

no século XVIII nem eram cogitados, como os direitos sociais, são agora proclamados e defendidos.<sup>91</sup>

Feitas estas colocações, tem-se que a cidadania contemporânea pode ser compreendida como o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, bem como dos deveres a eles inerentes, a serem realizados por meio da participação do indivíduo no espaço público.

Ou seja, a cidadania se forma pelo “reconhecimento, pela lei, de direitos considerados fundamentais à realização da vida do homem enquanto indivíduo e ser social, membro de uma comunidade política”.<sup>92</sup>

Como menciona Calmon de Passos,

Cidadania, portanto, engloba mais que direitos humanos, porque além de incluir os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falar-se numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da igualdade de todos.<sup>93</sup>

## 1.2 A CIDADANIA NO BRASIL

Os direitos fundamentais, como visto, são direitos históricos, que nascem de modo gradual, devido a certas circunstâncias caracterizadas por um processo de lutas em defesa de novos direitos contra antigos poderes.<sup>94</sup>

Sendo, pois, um fenômeno histórico, tem-se que o processo de sedimentação de direitos fundamentais, bem como o de construção da cidadania varia em cada Estado; não sendo o Brasil uma exceção.

No direito brasileiro a cidadania se formou de maneira diversa de países como Estados Unidos, França e Inglaterra, onde a construção da cidadania

<sup>91</sup> BOBBIO, op.cit., p. 18.

<sup>92</sup> QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987, p.84.

<sup>93</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista eletrônica de direito do Estado**. Salvador, Instituto de direito público da Bahia, nº 5, Jan/fev/mar 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 24/03/2008. p.8.

<sup>94</sup> BOBBIO, op.cit., p. 5.

se deu por meio de um processo lento, marcado por revoltas e revoluções, onde à conquista dos direitos civis se sucederam a dos direitos políticos.<sup>95</sup>

No Brasil, embora fortemente influenciado pelos movimentos ocorridos na Europa e Estados Unidos, o processo de conquista dos mencionados direitos se deu, ainda que marcado por revoltas, de uma forma mais branda, sendo os direitos civis antecedidos pelos direitos políticos.

Até a independência do Brasil não se poderia falar em cidadania, tendo em vista que o indivíduo era tido como um súdito da coroa portuguesa. Somente com a proclamação da Independência (1822) e a elaboração da primeira Constituição brasileira (1824) é que surgiu o primeiro esboço de cidadania no Brasil.

A Constituição de 1824 copiou das Constituições europeias os direitos civis e políticos, sendo estes direcionados, sobretudo, à classe dominante.<sup>96</sup>

Inspirada nos ideais liberais então vigentes na França, esta Constituição estabeleceu, em seu art. 8º, um rol de “Garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, que tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art.179).

Do constitucionalismo inglês, a Constituição de 1824 herdou o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of rights, 1689*) e o direito a um julgamento nos termos da lei (Magna Carta, 1215).<sup>97</sup>

Dentre outros direitos expressos por esta Constituição, encontravam-se os direitos de liberdade de imprensa e de opinião e a liberdade de culto (art. 179, IV e V). Embora o catolicismo fosse consagrado como religião oficial do Império, adeptos de outras religiões e de outras crenças puderam, pela primeira vez, professar livremente sua fé.<sup>98</sup>

Ladeado a esses direitos, a Constituição do Império apregoava os princípios da legalidade e da isonomia (art. 179, I e XIII), que conviviam sem constrangimento com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> TOLEDO, Valter Martins. *Direito, cultura e civismo: textos seletos*. Curitiba: Flamma, 2006, p. 47.

<sup>96</sup> TOLEDO, op.cit., p. 49.

<sup>97</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 70.

<sup>98</sup> GOMES, Laurentino. *1822, Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – Um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2010, p. 219.

<sup>99</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

No que se refere aos direitos políticos, anos antes da outorga desta Constituição, já havia possibilidade de exercício dos mencionados direitos. Pelo decreto de 16 de fevereiro de 1822, que criava o Conselho de Procuradores do Estado, já se concedia a possibilidade de os eleitores reivindicarem a perda do mandato dos eleitos caso estes não desempenhassem devidamente suas funções. Tratava-se de uma espécie de revogação de mandato – aliado à ideia do mandato imperativo – e que seria conhecido, anos mais tarde, como *recall*. Essa modalidade de participação popular perdurou por poucos meses.<sup>100</sup>

Quanto aos direitos políticos estabelecidos nesta Constituição, tem-se que eles foram instituídos por meio de um sufrágio restrito, onde votavam apenas os homens maiores de 25 anos que possuíssem renda anual de cem mil réis (art. 92, V).

Os escravos, os índios, as mulheres, os analfabetos, os menores de 25 anos e os pobres em geral, eram excluídos dos direitos políticos. Ou seja, só podiam votar e ser votado os cidadãos do sexo masculino e “ativos”, assim definidos pelos critérios de propriedade e renda anual.<sup>101</sup>

Outra importante contribuição desta Carta à construção da cidadania é a referente aos direitos sociais.

Embora esta Carta ostentasse, predominantemente, um cunho liberal, ela enunciava alguns princípios de cunho social, como a garantia do socorro público e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXI e XXXII).

102

Neste sentido Bonavides e Paes de Andrade asseveram que

A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo sequelas do absolutismo; a segunda dirigida para o presente, efetivando, em parte e com êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado liberal; e uma terceira, à primeira vista desconhecida e encoberta, pressentindo já o futuro.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3 ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 112.

<sup>101</sup> GOMES, Laurentino. *1822, Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – Um país que tinha tudo para dar errado*, p. 219.

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB, 2004, p. 111.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 111.

Deste modo, pode-se compreender que a Constituição de 1824 se destacou no que se refere à concessão de direitos aos cidadãos.

No entanto, embora esta Carta previsse um amplo rol de direitos e garantias aos cidadãos (art. 179), foi marcada por privilégios concedidos à classe dominante, que possuíam direitos civis, políticos e tinham garantida a “propriedade em sua plenitude” (art. 179, XXII). Ao passo que os cidadãos que não possuíam renda mínima e propriedade, assim como as mulheres, analfabetos e negros, eram excluídos do exercício dos direitos políticos (art. 92, 94).

Do mesmo modo, não poderia se falar de uma conquista plena dos direitos civis, pois, embora formalmente estabelecidos na Constituição e amparados por princípios nela expressos, como o da isonomia, estes não eram vivenciados por grande parte da população, dado o regime escravocrata então vigente.<sup>104</sup>

Os direitos civis somente foram destinados a todos com a abolição da escravatura, em 1888. Com a abolição incorporaram-se os ex-escravos aos direitos civis, sendo esta, na verdade, mais formal do que real.

Com o advento da Constituição Republicana (1891), ampliou-se o rol de direitos e garantias fundamentais albergados pela cidadania.

Além dos direitos já reconhecidos ao tempo da Constituição do Império, tais como a isonomia, a livre manifestação do pensamento e a liberdade de reunião, a Constituição republicana consagrou, ainda, o direito de associação, ampla defesa, o habeas Corpus e a abolição da pena de morte (art. 72, §§ 8º, 16, 22 e 21).<sup>105</sup>

Acerca da pena de morte no Brasil, tem-se que esta foi abolida formalmente meses antes da promulgação da Constituição, pelo decreto 774 de 1890.<sup>106</sup>

Outra inovação desta Constituição no que se refere aos direitos inerentes à cidadania consta do art. 72, §2º, que mencionava que “a República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os

---

<sup>104</sup> Estima-se que em 1822, dois anos antes da Outorga da Constituição do Império, “de cada três brasileiros, dois eram escravos, negros forros, mulatos, índios ou mestiços. Os analfabetos somavam mais de 90% dos habitantes. Os ricos, embora muito ricos, eram pouco”. (GOMES, Laurentino, 1822, *Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – Um país que tinha tudo para dar errado*, p. 55-56).

<sup>105</sup> MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13-14.

<sup>106</sup> MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu. A história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 339.

títulos nobiliárquicos e de conselho”, privilegiando, deste modo, a igualdade entre os cidadãos.

No que se refere aos direitos políticos, estabeleceu, por exemplo, a instituição de sufrágio direto para a eleição de deputados (art.28), senadores (art. 30), presidente e vice-presidente da República (art. 47), estendendo esse preceito, implicitamente, aos cargos eletivos estaduais. Ademais, determinou que seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos (art.70) e aboliu a exigência de renda como critério de exercício dos direitos políticos.<sup>107</sup>

Do mesmo modo que a Carta anterior, essa Constituição não estendeu direitos políticos a todos, tendo em vista que deles foram excluídos os mendigos, os analfabetos, os religiosos de ordem monástica que estão sujeitos a voto de obediência (art. 70) e as mulheres.

Embora tenha dado primazia aos direitos de liberdade, à segurança individual e à propriedade, esta Constituição não tratou da ordem econômica e social.<sup>108</sup>

Os direitos sociais só ganharam espaço constitucional a partir da Constituição de 1934, que prestigiava o Estado social de direito.

Assim como as Constituições que a antecederam, a Constituição de 1934 não suprimiu direitos e garantias já constituídos, mas antes obrou com vistas a conservá-los, modificando-lhes a essência de tal maneira que os acréscimos de natureza social se fizeram dominantes.<sup>109</sup>

Dentre os direitos sociais estatuídos por ela, dá-se grande ênfase aos direitos do trabalhador.

Tais direitos ganharam espaço anos antes, na legislação infraconstitucional, em 1931, com a criação do Departamento Nacional do Trabalho e, em 1932, com a regulamentação do trabalho feminino, proibindo-se o trabalho noturno para mulheres e estabelecendo-se igualdade salarial para homens e mulheres.<sup>110</sup>

Esses direitos foram incorporados pela Constituição de 1934, que estabeleceu expressamente em seu art. 121, § 4º, a “proibição de diferenças de

---

<sup>107</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 78.

<sup>108</sup> BONAVIDES; ANDRADE, op.cit., p. 261.

<sup>109</sup> BONAVIDES; ANDRADE, op.cit., p.327.

<sup>110</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008, p. 112.

salários para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”, e a “proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres”.

Esse mesmo artigo estabeleceu, ainda, a jornada de oito horas diárias, o direito a férias anuais remuneradas e um salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador.

Outra grande inovação desta Constituição foi a introdução de capítulos voltados à família, educação e cultura (art. 144 a 158); colocando a família sob a proteção do Estado e estabelecendo o direito de todos à educação, com obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário.

No que se refere aos direitos civis, esta Constituição inovou ao introduzir o Mandado de segurança “para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113).

Do mesmo modo, ao tratar do direito à propriedade, inovou ao furtar-se de garanti-lo “em sua plenitude”, como fazia a Constituição de 1891, estabelecendo que este direito não “poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo”.

No campo dos direitos políticos, a conquista surgiu anos antes da promulgação desta Constituição, com o decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932 (código eleitoral), que além de introduzir o direito ao voto aos maiores de 21 anos, estendeu esse mesmo direito às mulheres, alcançando, assim, um maior número de cidadãos.

Com o advento da Constituição de 1934, os direitos políticos passaram a ser estendidos aos maiores de 18 anos, excluindo-se, todavia os analfabetos e mendigos (art. 108).<sup>111</sup>

Com o golpe de Estado de 1937, os direitos e garantias inerentes ao cidadão, tais como as liberdades de ir e vir e a liberdade de reunião foram suspensos (art. 168); e instituiu-se um tribunal de exceção para julgar crimes contra a segurança do Estado (art. 122, item 17).

---

<sup>111</sup> “Pela primeira vez as mulheres poderiam votar para Presidente. Pena que isso só ocorreu em 1945, 11 anos depois, tendo em vista que as eleições de 1938 não ocorreram por causa do golpe do Estado Novo, em novembro de 1937”. (VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 57).

Outra perda significativa, no que concerne aos direitos fundamentais, encontrava-se no art. 122, 13, que estabelecia a pena de morte, até então admitida pelas Constituições de 1891 e de 1934 somente em casos de guerra.

Com a Constituição de 1937, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderia prescrever a pena de morte para crimes de natureza política.<sup>112</sup>

Os demais direitos inerentes à cidadania que foram mantidos, perderam sua efetividade.

O ideal de cidadania, abandonado durante o Estado novo, só se restabeleceu pela promulgação da Constituição de 1946. Esta Constituição restabeleceu os direitos e garantias individuais constantes da Constituição de 1934, ampliando-os.

Dentre as inovações, a Constituição de 1946 estabeleceu um novo instrumento de defesa contra o abuso do Estado e sua ação cerceadora dos direitos individuais, trata-se do princípio de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º).<sup>113</sup>

A constitucionalização desse princípio foi um grande avanço no campo dos direitos individuais, na medida em que colocou sob a proteção da justiça toda e qualquer afronta a esses direitos.<sup>114</sup>

No entanto, embora a Constituição de 1946 tenha restabelecido os direitos e garantias individuais suprimidos pelo regime anterior, tal situação não perdurou por muito tempo.

Com o golpe militar de 1964, novamente o cidadão se viu privado de suas prerrogativas. A Constituição que se seguiu ao golpe (1967), assim como sua

---

<sup>112</sup> Art. 122,13: “não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”.

<sup>113</sup> BONAVIDES; ANDRADE, op.cit., p. 420.

<sup>114</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 95.

Emenda (1969), representou um grave retrocesso na conquista dos direitos inerentes ao cidadão.

Dentre os retrocessos constantes da Carta de 1967 tem-se, por exemplo, a possibilidade de suspensão dos direitos individuais e políticos, tais como a liberdade de opinião e expressão e a liberdade de reunião e associação (art. 151).

No campo dos direitos sociais, o retrocesso se exteriorizou, sobretudo, no que se refere aos direitos do trabalhador. A mencionada Carta suprimiu a estabilidade e a proibição de diferenças salariais por motivo de idade e nacionalidade, expressos na Constituição anterior.<sup>115</sup>

Com a instituição do Ato institucional n. 5, o cidadão encontrou-se cerceado de outros direitos. Por meio deste Ato, suspendeu-se a garantia do *Habeas corpus* nos casos de crimes políticos e passou-se a dar prerrogativa ao governo para confiscar bens sem a garantia de defesa aos acusados.<sup>116</sup>

Pouco antes da outorga do novo texto constitucional (Emenda Constitucional n.01 de 1969), o Ato Institucional n. 14 alterou o art. 150 da Constituição, introduzindo a pena de morte, a perpétua e o banimento para crimes de “guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva”.<sup>117</sup>

A Emenda Constitucional n.1 de 1969 também apresentou seus retrocessos. Dentre eles menciona-se a validação do regime de decretos-leis e a ampliação das medidas restritivas impostas pela Carta de 1967 na seara dos direitos individuais e sociais.<sup>118</sup>

Com o aumento do arbítrio aumentaram também os movimentos de participação popular e de participação associativa no sentido de restabelecer a democracia no País. Tais movimentos resultaram na lei da anistia (1979) e na campanha de redemocratização do País (“diretas já”), que tiveram como resultado a promulgação da Constituição de 1988, denominada pelo Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, de “Constituição cidadã”.

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>117</sup> VILLA, op.cit, p. 102.

<sup>118</sup> HERKENHOFF, op.cit., p. 109.

### 1.2.1 A Cidadania Como Fundamento da República Federativa do Brasil

A Constituição Federal de 1988, resultante de um processo de redemocratização do País, assumiu o compromisso, expresso em seu preâmbulo, de “instituir um Estado Democrático”<sup>119</sup>, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, buscou a Constituição estabelecer um modelo de Estado que conciliasse os direitos individuais (advindos do Estado Liberal) com os direitos sociais (herança do Estado social), de modo a estabelecer um equilíbrio entre os interesses do Estado e a garantia das liberdades individuais do cidadão.<sup>120</sup>

No entanto, esse modelo de Estado não se limita, assim como o Estado social de Direito, a dar melhores condições sociais ao indivíduo; ele se destaca pela sua atuação no sentido de fomentar a participação pública no processo de construção da sociedade, erigindo a democracia como elemento primordial na solução dos problemas atinentes às condições materiais de existência.<sup>121</sup>

Esse modelo de Estado se orienta, pois, por uma democracia participativa, onde se propugna a participação de todos os cidadãos na construção de uma sociedade livre, justa, solidária.

Ou seja, neste modelo de Estado a democracia se realiza por intermédio da cidadania; pois, é pela participação do indivíduo nos negócios do Estado que a democracia se efetiva.

Neste sentido, pode-se compreender a cidadania como a participação do indivíduo no espaço público, seja reivindicando, protegendo ou exercitando direitos a ele inerentes, de modo a garantir uma vida com dignidade.

---

<sup>119</sup> Como acentua José Afonso da Silva, “a Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre as ambas as Constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, assim, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo”. (*O Estado Democrático de Direito. Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo*. n. 30, Dez. 1988, p.68).

<sup>120</sup> SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, op.cit., p. 107.

<sup>121</sup> STRECK; MORAES, op.cit., p.97-98.

Deste modo, tem-se que a participação do indivíduo no espaço público, o exercício da cidadania, não se restringe mais ao exercício dos direitos políticos, entendidos estes como sendo o direito de votar e ser votado.

Como assevera Lima, numa visão mais democrática, de Estado de Direito, a ideia de participação se ampliou e o cidadão passou a ser entendido como

O sujeito ativo, responsável pela história que o envolve, participante do fenômeno político, com direitos e aptidões de participar das decisões do Estado, deste cobrando, exigindo e vindicando posturas e atitudes efetivas para a satisfação das necessidades e anseios sociais e individuais. A nova postura do cidadão coloca-o no *status* de censor, com poderes de fiscalizar a Administração Pública.<sup>122</sup>

Assim, tem-se que a cidadania, erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, se mostra, pois, como um desdobramento do Estado Democrático de Direito. Não há democracia sem que haja cidadania.<sup>123</sup>

## 1.2.2 Os Vários Aspectos da Cidadania no Direito Brasileiro

### 1.2.2.1 Cidadania e nacionalidade

Muitos autores fazem confusão entre os conceitos de cidadania e de nacionalidade, entendendo ambos como sendo uma vinculação política de um indivíduo a um determinado Estado.<sup>124</sup>

Tal confusão se deve, provavelmente, ao direito norte-americano, onde a Emenda constitucional n. 14 proclama que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos

<sup>122</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

<sup>123</sup> SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, op.cit, p.244 e 249.

<sup>124</sup> Neste sentido, Kelsen, Hans: “Citizenship or nationality is the status of an individual Who legally belongs to a certain state or – formulated in a figurative way – is a member of that community”. (*Principles of international Law*, 2003, p. 248). Cidadania ou nacionalidade é o status de um indivíduo de pertencer legalmente a um certo Estado ou – de forma figurada – é um membro desta comunidade. (tradução livre) (Kelsen, Hans. *Principles of international law*. Clark: The lawbooks exchange LTD, 2003); CARVALHO, A. Dardeau: “[...] a palavra *nacionalidade*, na acepção criticada, já é de uso generalizado e, por isso, seria impossível substituí-lo por estatalidade. Melhor do que estatalidade seria a expressão cidadania, que, não raro, se usa também no sentido de vínculo jurídico-político, isto é, com o sentido de nacionalidade”. (Nacionalidade e cidadania, 1950, p. 07-08).

Estados Unidos [...]”, atribuindo-se, portanto, ao vocábulo cidadão o mesmo valor que nacional.<sup>125</sup>

No Brasil, tal igualdade de sentidos podia ser encontrada na Constituição de 1824, nos arts. 6º e 7º, onde mencionava acerca dos cidadãos brasileiros em sentido amplo, atribuindo o termo “cidadão” ao nacional.<sup>126</sup>

Contudo, como assevera Passos, entender a cidadania como sinônima de nacionalidade seria restringir e muito o seu sentido. Segundo o autor, deve-se entendê-la, sem descartar o pressuposto da nacionalidade, mas dando ênfase aos direitos que dela decorrem.<sup>127</sup>

De fato, como mencionado anteriormente, modernamente a cidadania não mais se limita a vincular um indivíduo politicamente a um Estado. Atualmente, a cidadania implica no exercício dos direitos - civis, políticos, sociais, econômicos e culturais - e deveres concernentes a todos àqueles que habitam o âmbito da soberania de um determinado Estado.

A nacionalidade e a cidadania são, na verdade, conceitos que se diferem, mas que se inter-relacionam.

Hodiernamente, ao se mencionar acerca da nacionalidade está a se falar de um conceito ligado ao aspecto internacional, do vínculo que liga o indivíduo ao Estado a que pertence; ao passo que ao se mencionar acerca da cidadania está a se falar de um conceito que valoriza o aspecto nacional, relacionando o indivíduo aos direitos e deveres a ele concernentes por pertencerem a um determinado Estado.<sup>128</sup>

Deste modo, tem-se que a cidadania pressupõe sempre a nacionalidade.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: Parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2001, p. 152.

<sup>126</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002., p. 139.

<sup>127</sup> PASSOS, J.J. Calmon de, *Cidadania tutelada*, p. 7.

<sup>128</sup> REZEK, José Francisco. *Le droit international de la nationalité*. Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 198, 1986, p. 344.

<sup>129</sup> Neste sentido Rezek esclarece que a cidadania pressupõe sempre a nacionalidade, ao passo que nem todo nacional é cidadão. Ele esclarece que em alguns casos de colonização a distinção pode ser mais ou menos estreita, dependendo da ideia de colonização. Ele menciona o caso dos habitantes de Samoa Oriental, que tem a nacionalidade americana, mas que não possuem a cidadania dos Estados Unidos. (REZEK, op.cit., 1986, p. 344).

Diante disso, pode-se conceber que as prerrogativas conferidas pela cidadania são conferidas normalmente aos nacionais, excluindo-se de sua participação os estrangeiros, como ocorrem com os direitos políticos.<sup>130</sup>

Deste modo, pode-se entender a nacionalidade como a vinculação política do indivíduo com determinado Estado<sup>131</sup>, ao passo que a cidadania, se caracteriza pela participação do indivíduo nos negócios do Estado, pelo qual se garante o exercício dos demais direitos fundamentais.

Fazendo a distinção entre cidadania e nacionalidade, Mazzuoli assim conclui, considerando:

[...] a *nacionalidade* como sendo o elo jurídico-político que liga o indivíduo a determinado Estado e a *cidadania* como a condição de exercício dos direitos constitucionalmente assegurados, que não mais se limita à mera atividade eleitoral ou ao voto, compreendendo também uma gama muito mais abrangente de direitos – por sua vez oponíveis à ação dos poderes públicos – e também, deveres para com toda a sociedade etc. A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado, alcançando, em igualdade de direitos e dignidade, pela construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum, capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público.<sup>132</sup>

#### 1.2.2.2 A cidadania e os direitos políticos

Relacionando à ideia de nacionalidade, alguns autores trazem o entendimento de que cidadão é o nacional no gozo de seus direitos políticos, ou seja, cidadão é o nacional titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências.<sup>133</sup>

Esse conceito restritivo de cidadania se sustentou por muito tempo no direito brasileiro, arraigando a ideia de cidadania ativa e passiva, entendidas,

<sup>130</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 561.

<sup>131</sup> REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13 ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 212.

<sup>132</sup> MAZZUOLI, op.cit., p. 561.

<sup>133</sup> Neste sentido VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 286; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Paloma, p. 53;

respectivamente, como sendo aquela inerente ao indivíduo titular dos direitos políticos e esta inerente àqueles que não gozam de tais faculdades.

Esse posicionamento é sustentado, ainda, em nossa legislação, pela Lei 4.717/65 que, em seu artigo 1º, atribui a legitimidade para propositura da Ação Popular ao cidadão, acrescentando em seu § 3º que a prova de cidadania se faz mediante a apresentação do título de eleitor.

Embora o status de cidadão não se resuma a ele, é o aspecto político importante face da cidadania, tendo em vista que é através da participação política que se implementa a cidadania.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, estabelece que a “República Federativa do Brasil [...], constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Com isso, entende-se que a Constituição adotou um modelo de Estado que proporciona a efetiva participação do povo na administração da coisa pública, visando, com isso, alcançar uma sociedade livre, justa e solidária em que todos estão igualmente submetidos à força da lei.<sup>134</sup>

Essa participação popular é reiterada por meio do princípio democrático, expresso em seu parágrafo único, que estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”.

Deste modo tem-se que a Constituição acolheu como modelo a democracia participativa, que tem como um de seus princípios cardiais a soberania popular, fonte de todo o poder que legitima a autoridade e que se exerce nos limites estabelecidos pela Constituição.<sup>135</sup>

A intervenção do cidadão nos negócios públicos pode se dar de duas maneiras: de forma direta e indireta.

O exercício direto do poder popular, poder depositário da soberania, se faz por intermédio de três instrumentos: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, nos termos do art. 14 da Constituição.<sup>136</sup>

O *Plebiscito* nada mais é do que uma consulta prévia feita aos cidadãos, no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria de

---

<sup>134</sup> CHIMENTI, op.cit., p. 53

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.10-11.

<sup>136</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65.

acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa a fim de aprová-la ou denegá-la (art. 2º, § 1º da Lei 9.709/98); ao passo que o *referendo* é uma consulta feita posteriormente ao ato do Governo com a finalidade de ratificá-lo ou não (art. 2º, § 2º da Lei 9.709/98).

Rocha distingue os dois instrumentos valendo-se da matéria a eles concernentes. Segundo a autora, o Plebiscito refere-se a um fato ou evento relacionado à estrutura essencial do Estado ou de seu Governo enquanto que o referendo refere-se a um ato normativo ou administrativo.<sup>137</sup>

Soares, ao fazer distinção entre os dois instrumentos acentua que “no referendo a participação do povo está restrita a ratificar ou rejeitar uma proposta apresentada; [...] mas uma ratificação implica a solução do problema, e a rejeição implica a não-aceitação do caminho proposto”. Enquanto que o plebiscito “não pressupõe ratificação ou rejeição, mas uma opção entre dois caminhos possíveis”.<sup>138</sup>

O Plebiscito e o referendo traçam, pois, uma limitação ao exercício do poder, delimitando a competência da autoridade governamental, na medida em que vinculam o exercício do poder à decisão do povo.<sup>139</sup>

No Brasil, esses instrumentos foram exercidos raríssimas vezes. No caso do *Plebiscito*, houve apenas três ocorrências: uma em 1963 para decidir acerca da manutenção ou não do sistema parlamentarista então imposto; outra em 1993, para decidir acerca da forma (República ou monarquia constitucional) e do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), de acordo com o disposto no art. 2º do Ato das Disposições constitucionais transitórias.

Recentemente um terceiro Plebiscito foi realizado, em dezembro de 2011, a fim de consultar os eleitores do Estado do Pará acerca da divisão de seu território em dois outros Estados: Tapajós e Carajás.

Já o *Referendo* foi exercido apenas uma vez, em 2005, para decidir acerca da aprovação ou não da Lei 10.826/2003, que estatuiu a proibição da comercialização de armas de fogo e munições no País.

<sup>137</sup> ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 7, n. 74, p.01-09, ago/set, 2005, p. 4. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_74/artigos/PDF/MariaElisabethRocha\\_Rev74.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/MariaElisabethRocha_Rev74.pdf). Acesso em: 26/12/2011.

<sup>138</sup> SOARES, Marcos Antonio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos- Instituto brasileiro de direito constitucional, 1998, p. 78.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

Outra forma de exercício direto dos direitos políticos se dá através da iniciativa popular de lei, que poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por 5 Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º CF).

Essa modalidade de atuação popular introduzida pela Constituição de 1988 tem se mostrado de pouca efetividade dado os obstáculos existentes quanto à sua manifestação.

Um primeiro obstáculo enfrentado foi a demora ocorrida para a promulgação de uma Lei infraconstitucional que regulamentasse a matéria, que surgiu após dez anos da promulgação da Constituição (Lei 9.709/98).

Esta lei, no entanto, apenas detalha o já previsto na Constituição, sem estabelecer um tratamento diferenciado para sua tramitação.<sup>140</sup>

Outro problema enfrentado para a manifestação da iniciativa popular de lei é o referente à educação; não há ainda, uma disseminação na população acerca da importância e da possibilidade da propositura de tal projeto de lei.

Contudo, o principal obstáculo diz respeito ao número de assinaturas exigidas para a propositura do projeto, que nos termos da Constituição Federal (art. 61, § 2º) e da Lei 9.709/98 (art. 13), é de 1% do eleitorado nacional, que seria, atualmente, de aproximadamente 1,35 milhões de eleitores.<sup>141</sup>

O número de subscrições exigido para a propositura de um projeto de lei torna praticamente inviável este meio de manifestação popular; sendo este número alcançado apenas com o apoio de grandes meios de comunicação ou em casos onde o tema do projeto de iniciativa popular de lei esteja relacionado a casos de grande comoção nacional.<sup>142</sup>

Viável seria a diminuição do número exigido para a propositura, de modo a tornar mais efetivo o uso de tal instrumento concedido ao cidadão. Vale

---

<sup>140</sup> WHITAKER, Francisco. *Iniciativa popular de lei: Limites e alternativas*. In: BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHER, Fabio; VANNUCHI, Paulo. *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 193.

<sup>141</sup> Segundo estatística atualizada pelo TSE, em 2010 foram computados 135.804.433 eleitores no Brasil e exterior. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2010/eleicoes-2010/estatisticas-de-candidaturas>. Acesso em 26/12/2011.

<sup>142</sup> WHITAKER, op.cit., p. 193.

mencionar que tal exigência refere-se à propositura do projeto de lei, cuja aprovação deverá seguir os trâmites legais.<sup>143</sup>

Dentre as Leis oriundas de projetos de iniciativa popular pode-se mencionar a Lei 8.930/94, que ampliou o rol de crimes hediondos; a Lei 9.840/99, contra corrupção eleitoral e a Lei 11.124/05, que cria o Fundo de Moradia Popular (FNMP) e o Conselho Nacional de Moradia popular (CNMP).

Dada as dificuldades enfrentadas pelo cidadão para participar ativamente do processo legislativo por meio de projetos de iniciativa popular, Whitaker destaca outra possibilidade, a ser utilizada como instrumento substitutivo à iniciativa popular de lei. Trata-se da sugestão legislativa apresentada à Comissão de Legislação participativa.<sup>144</sup>

Criada pelo então Presidente da Câmara, Aécio Neves, a Comissão de Legislação participativa estaria apta a receber sugestões legislativas de entidades devidamente registradas (com exceção dos partidos políticos), seja de projetos de leis ordinárias seja de projetos de leis complementares, de decretos ou resoluções, que após analisadas e aprovadas, passariam a tramitar como projetos da própria comissão.<sup>145</sup>

Embora a sugestão legislativa se mostre um importante instrumento de participação do cidadão no processo legislativo, não há razões para entendê-lo como um substituto da iniciativa popular de lei, mas sim, como mais um instrumento apto a proporcionar uma participação efetiva ao cidadão.

Além dos casos expressos no art. 14 da Constituição Federal, há outras formas de participação direta do povo no poder, que caracterizam a democracia participativa, como são os casos da ação popular, da organização e participação em partidos políticos, da possibilidade de denunciar de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de contas da União (art. 74, §2º, CF), dentre outras.<sup>146</sup>

No que se refere à ação popular, tem-se que esta é um importante instrumento da participação do cidadão no controle do Poder, pois é através dela

---

<sup>143</sup> Tramita atualmente um projeto de emenda constitucional de autoria da deputada Luiza Erundina (PEC n. 002/99 que visa à diminuição do quorum de 1% para 0,5% do eleitorado).

<sup>144</sup> WHITAKER, op.cit., p. 195- 198.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>146</sup> Neste sentido consultar HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania para todos: o que toda pessoa precisa saber a respeito de cidadania*. Rio de Janeiro: Thex editora 2002, p. 33 a 35.

que o cidadão censura diretamente os atos do governante, pela via judicial, de modo a anular o ato praticado.<sup>147</sup>

A ação popular é disciplinada pela Constituição em seu art. 5º, LXXIII, que estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

No que se refere ao conceito de cidadão, para efeito da propositura desta ação, a Lei 4.717/65 estabelece em seu art. 1º, § 3º que a “prova da cidadania para ingresso em juízo, será feita com título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

Embora este conceito restritivo de cidadania, para efeito da propositura da presente ação, venha sendo sustentado por parte majoritária da doutrina e jurisprudência, entende-se que tal conceituação não se sustenta no atual Estado Democrático de Direito.

A cidadania, diante do novo paradigma estatal, que fomenta uma maior participação do indivíduo nos negócios do Estado, deixou de ser compreendida em sua acepção restritiva, passando a ter uma dimensão muito maior no âmbito do Estado democrático de direito.<sup>148</sup>

No mesmo sentido se manifesta Brandão mencionando que em nenhum momento a norma constitucional (art. 5º, LXXIII)

---

<sup>147</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 18.

<sup>148</sup> Neste sentido Francisco Gérson Marques de Lima elucida mencionando que “atualmente, numa visão mais democrática, de Estado de Direito, de *participação*, não se concebe mais cidadania como o simples direito de votar e ser votado, por homens e mulheres, haja vista que a participação na vida política de um país não se restringe a esse aspecto – *eleitoral* (hoje, de cunho mais partidário do quem genericamente, *político*) -, porquanto a *Política* ultrapassa a seara dos *partidos políticos* e é muito mais complexa do que a atividade destes. A concepção restritiva teria o condão de negar o caráter de cidadão, por exemplo, às crianças e a todos quanto não possam votar e ser votados; e, conseqüentemente, o Estado estaria desobrigado de lhes prestar assistência, bem como de permitir que eles participassem de suas decisões – o que, obviamente, é um contra-senso, um paradoxo inaceitável no atual estágio”. (*Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais)*). São Paulo: Malheiros, 2002, p.97-98).

[...] vincula a condição de cidadão à qualidade de eleitor, posto que simplesmente estabelece: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular”. Não se encontra aqui a expressão ‘cidadão eleitor’. De outro lado, [...] a ordem jurídica deve ser lida pela ótica constitucional e não o inverso, como pretendem aqueles que utilizam a norma infraconstitucional, anterior à Constituição de 1988, do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, para estabelecer uma limitação que a norma constitucional não previu.<sup>149</sup>

No que diz respeito ao exercício indireto do poder, tem-se que este se dá por intermédio dos representantes eleitos.

Ao escolher um representante, o cidadão está expressando uma preferência, está aderindo a uma política e conferindo legitimidade às autoridades governamentais, está, pois, participando da formação da vontade do governo e no processo político.<sup>150</sup>

É por intermédio deste mandato representativo que o representante eleito desenvolverá políticas públicas tendentes a atender as necessidades e aos interesses do povo, tais como às relacionadas à educação, saúde, segurança entre outras.

Embora no mandato representativo o representante eleito não fique vinculado aos representados como ocorre com o mandato imperativo, ele deve sempre se embasar no interesse público. Este passa a ser o limite de sua atuação.

Neste sentido, pode-se afirmar que o exercício do poder, do qual é titular o cidadão, não se esgota no momento do voto, tendo-se em vista que este se irradia também para o controle dos poderes estatais na via do processo democrático.<sup>151</sup>

Este controle pode ser exercido por meio de fiscalização e censura nos casos de descumprimento da lei ou da moral, valendo-se o cidadão, para tanto, de instrumentos tais como as ações judiciais – a exemplo da ação popular – e demais instrumentos de expressão da vontade popular.

Neste sentido José Afonso da Silva assevera que

---

<sup>149</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 252.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*, p. 48.

<sup>151</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 271.

a evolução do processo democrático vem incorporando outros elementos na democracia representativa que impõe relação mais estreita entre o *mandatário e o povo*, [...]. Com ele o princípio da *soberania popular* se caracteriza mais concretamente e aparecem os *instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular*, tais como a imprensa livre, os partidos políticos, os sindicatos, as associações políticas, as comunidades de base, os meios de comunicação de massa, de tal sorte que a opinião pública – expressão da cidadania – passa a exercer papel muito importante no sentido de que os eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo.<sup>152</sup>

Ao lado dos direitos políticos, concedidos constitucionalmente ao cidadão, encontram-se os *direitos políticos negativos*, que correspondem às determinações constitucionais que privam definitiva ou temporariamente o cidadão de seus direitos políticos. Ou seja, tratam-se do “conjunto de regras que *negam*, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública”.<sup>153</sup>

Os direitos políticos negativos podem, pois, ser compreendidos sob três aspectos: o da inelegibilidade, o da perda e o da suspensão dos direitos políticos.

Quanto à inelegibilidade (incapacidade eleitoral passiva), a Constituição estabelece em seu art. 14, §§ 4º a 7º, que são inelegíveis os inalistáveis (estrangeiros e conscritos) e os analfabetos, bem como aqueles que não podem se eleger em determinado pleito e para determinado mandato em virtude de estarem, no momento da eleição, envolvidos em situações especiais.

Dentre estas situações especiais encontram-se, por exemplo, o detentor de mandato executivo, que não pode se candidatar para outra reeleição (motivo funcional – art. 14, § 5º, CF) e o cônjuge ou parente do Chefe do executivo de candidatar-se no território de jurisdição do titular (motivo de parentesco- art. 14, § 7º, CF).

A Constituição permite, ainda, que Lei complementar estabeleça outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação (art. 14, §9º, CF). A Lei complementar criada para esta finalidade é a LC n. 64/90, alterada recentemente pela LC 135/2010 (Lei da “ficha limpa”).

<sup>152</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*, p. 49-50.

<sup>153</sup> Idem. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381.

Dentre os casos de inelegibilidade estabelecidos por esta Lei pode-se mencionar a inelegibilidade dos que “forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes” contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente e a saúde pública (art. 1º, alínea “e”).

A razão de ser da inelegibilidade é a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, bem como da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, §9º, CF).

No que diz respeito à perda e suspensão dos direitos políticos, a Constituição estabelece os motivos em seu art.15, sem, contudo, esclarecer qual é caso de perda e qual o caso de suspensão. Contudo, tal distinção pode ser feita levando-se em consideração a natureza de cada motivo.

Segundo art. 15: *É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:*

- I- Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;*
- II- Incapacidade civil absoluta;*
- III- Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*  
*Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;*
- IV- Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.*

Deste modo, tem-se como caso de perda dos direitos políticos o cancelamento da naturalização (inciso I), enquanto que a incapacidade civil absoluta (inciso II), a condenação criminal transitada em julgado (inciso III), a recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (inciso IV), e a improbidade administrativa (inciso V), são casos de suspensão dos direitos políticos.<sup>154</sup>

<sup>154</sup> No que se refere à hipótese consubstanciada no inciso IV, do art. 15 da Constituição (a recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta ou prestação alternativa), a Lei 8.239/91 a inclui entre

Nos casos de suspensão, cessada a causa, restabelecem-se os direitos políticos.

A cidadania, como visto, não se restringe aos direitos políticos, ela engloba uma gama muito maior de direitos e deveres, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos, coletivos ou difusos; de modo que a privação dos direitos políticos não priva o cidadão de exercer outros direitos a ela inerentes.

Assim, um condenado criminalmente com trânsito em julgado, embora privado de seus direitos políticos, pode exercer direitos civis, podendo, por exemplo, impetrar mandado de segurança. Pode exercer seus direitos sociais, de modo a receber auxílio-detenção, se preso estiver, pode reivindicar e receber assistência médica, educação, dentre outros.

### 1.2.2.3 Cidadania e direitos civis

Outro importante aspecto da cidadania é o relacionado aos direitos civis, também denominados de direitos individuais ou direitos das liberdades.

Tais direitos, nas palavras de Cunha Junior, são “aqueles que visam à defesa de uma autonomia pessoal no âmbito do qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular”.<sup>155</sup>

Esses direitos encontram acolhimento na Constituição Federal, sobretudo, no art. 5º, que em seu caput menciona que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos que seguem distribuídos em vários parágrafos e incisos.

A *vida* é fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais ao cidadão se não proclamasse a vida humana como um desses direitos.<sup>156</sup>

---

as causas de suspensão dos direitos políticos. José Afonso da Silva sustenta opinião diversa (Curso de direito constitucional positivo, p. 383).

<sup>155</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008, p. 639.

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

Vale ressaltar que, ao tutelar a vida, a Constituição não está a tutelar apenas a vida, enquanto direito de existir, como pessoa; ela tutela o direito de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano.<sup>157</sup>

Deste modo, ao se tutelar a vida está a se proibir a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; bem como se proibindo a eutanásia e o aborto.

Do mesmo modo, a Constituição protege outros direitos a ela corolários, tais como a moral individual, sintetizada na honra da pessoa, na sua reputação; direito este que integra a vida humana em sua dimensão imaterial.<sup>158</sup>

Quanto ao direito à *Liberdade*, este pode ser entendido como um poder de autodeterminação concedido ao ser humano, de modo a determinar-se de acordo com sua própria consciência.<sup>159</sup>

Entre nós este direito compreende os direitos à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, VII e VIII), à liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX), à liberdade profissional (art. 5º, XIII), à liberdade de informação (art. 5º, XIV), à liberdade de locomoção (art. 5º, XV), à liberdade de reunião (art. 5º, XVI), à liberdade de associação (art. 5º, XVII) e à liberdade econômica (art. 170, parágrafo único).

No que se refere à *igualdade*, a Constituição a colocou não apenas como um direito inerente ao cidadão, mas ainda, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil ao mencionar, em seu art. 3º, inciso III, que tem como um dos objetivos a ser seguido, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e ainda, em seu inciso IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ao mencionar a Constituição, em seu art. 5º, caput, que “todos são iguais perante a lei”, almejou-se consagrar não uma igualdade formal, onde a lei trata a todos de forma igual, sem levar em consideração as distinções de grupos,

---

<sup>157</sup> CUNHA JUNIOR, op.cit., p.640.

<sup>158</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p.201.

<sup>159</sup> CUNHA JUNIOR, op.cit., p.640.

mas sim, a igualdade material, coadunando-se, deste modo, com os valores da justiça social.<sup>160 161</sup>

Vale ressaltar que o alcance deste princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da lei; ele alcança ainda, a própria lei que deve ser editada em conformidade com a isonomia.<sup>162</sup>

É, pois, o legislador também um destinatário deste princípio, tendo-se em vista que a legislação, enquanto meio de regulação social, deve se pautar pela equidade entre seus cidadãos, sem ser fonte de privilégios ou perseguições.<sup>163</sup>

A igualdade é, ainda, consagrada em outros dispositivos da Constituição, como, por exemplo, no art. 7º, XXX, que estabelece a proibição de diferença salarial de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; no art. 12, § 2º, que proíbe a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo disposição constitucional; e no art. 150, II, que proíbe a União, Estados, Distrito federal e Municípios de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes.

A Constituição estabelece ainda, em seu art. 5º, caput, outros dois direitos inerentes ao cidadão: o direito à segurança e o direito à propriedade.

José Afonso da Silva, ao tratar da segurança, a concebe como sendo um conjunto de garantias, de direitos que “aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou incolumidade física ou moral)”.<sup>164</sup>

Dentre estes direitos pode-se ressaltar o de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), da inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII) e direito à informação.

Vale ressaltar que, ao mencionar acerca do direito à segurança, não está a Constituição se limitando apenas à segurança física ou moral do indivíduo, mas abrange também outro aspecto da segurança: a segurança jurídica.

---

<sup>160</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 214-215.

<sup>161</sup> Como menciona Rui Barbosa, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade” (*Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951, p. 31).

<sup>162</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 9-10.

<sup>164</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 437.

Ao garantir a *segurança jurídica*, a Constituição busca preservar e efetivar os valores consignados no Estado Democrático de direito, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>165</sup>

A segurança jurídica se manifesta em nosso sistema por intermédio da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

Direito adquirido é assim entendido, o direito que já se incorporou ao patrimônio de seu titular; ato jurídico perfeito é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou e; coisa julgada é a decisão judicial da qual já não cabe mais recurso (art. 6º, §§ 1º a 3º da Lei de introdução às normas do direito).

Por meio desses institutos buscou-se garantir estabilidade às relações jurídicas, buscou-se, pois, dar estabilidade aos direitos subjetivos.

Quanto ao direito de *propriedade*, a Constituição o garante, seja ele de coisa material, seja de coisa imaterial (art. 5º, XXII). No entanto, tal direito não é garantido de forma absoluta, tendo em vista que este direito encontra limites na própria Constituição.

O Estado Democrático de Direito, diferentemente do modelo de Estado liberal, não ostenta uma visão individualista, ele se pauta tendo em vista o bem comum.

Diante disso, é facultado ao indivíduo o exercício do direito de propriedade, podendo ele usar, gozar e dispor de seus bens, devendo, contudo, observar o interesse social.

Nesta seara, a Constituição estabelece em seu art. 5º, XXIII que a propriedade deverá atender a sua função social, elevando tal entendimento a princípio da ordem econômica, em seu art. 170, III.

Para tanto, a Constituição autoriza que seja realizada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, nos termos do art. 5º, XXIV.

Sendo assim, tem-se que o direito de propriedade pode ser exercido desde que respeitados os limites a esse direito, “para que haja a preservação de bens maiores da coletividade, tais como a garantia da qualidade de vida”.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> CUNHA JUNIOR, op.cit., p. 679.

<sup>166</sup> SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, op.cit., p.239.

Além destes direitos consubstanciados no caput do art. 5º da Constituição, outros direitos civis, a eles correlatos, foram atribuídos aos cidadãos, tais como o direito à privacidade, o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito de sigilo de correspondência, dentre outros.

Juntamente com estes direitos civis, foram atribuídas garantias, de modo a se efetivarem tais direitos.

Dentre as garantias asseguradas encontram-se o *habeas corpus*, impetrado para garantir a liberdade de locomoção, quando impedida por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII); o *habeas data*, para assegurar o acesso a informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público ou para retificação de dados (art. 5º, LXXII); e o *mandado de segurança*, para proteger direito líquido e certo, não apurado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX).

#### 1.2.2.4 Cidadania e direitos sociais

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem que se caracterizam por serem outorgados ao indivíduo, por meio de prestações positivas por parte do Estado, tendentes a possibilitar melhores condições de vida aos mais necessitados visando, com isso, realizar uma igualdade de condições sociais.<sup>167</sup>

Neste sentido, José Afonso da Silva assevera que esses direitos constituem “mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades, e sua proclamação supõe autêntica garantia para a democracia, ou seja, para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas”.<sup>168</sup>

Por meio desses direitos se visa, pois, estabelecer maiores condições de igualdade entre os cidadãos, de modo a propiciar condições mais favoráveis ao exercício dos demais direitos inerentes à cidadania.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, p. 199.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>169</sup> Os direitos civis, sociais e políticos encontram-se imbricados de tal forma que para o pleno exercício de um direito, faz-se necessário o apoio de outro. Neste sentido se manifesta Manzini-Covre: É preciso que o trabalhador “tenha acesso aos bens que complementam sua vida

Não há, por exemplo, que falar em pleno exercício das liberdades civis sem que seja prestado ao indivíduo assistência à sua saúde, do mesmo modo, não se cogita em pleno exercício dos direitos políticos, sem que seus exercentes tenham tido acesso à educação.

Embora os direitos sociais se destaquem pelo seu aspecto de cunho positivo, a este não se restringem tendo em vista que esta categoria de direitos alberga, ainda, as “liberdades sociais”.

Por liberdades sociais se entende aqueles direitos sociais que demandam uma abstenção por parte do Estado<sup>170</sup>, como a liberdade de sindicalização (art. 8º CF), o direito de greve (art. 9º, CF), o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes ao trabalhador (art. 7º, CF) dentre outros.<sup>171</sup>

No que se refere ao rol de direitos sociais, a Constituição o estabelece, sobretudo, em seus art. 6º a 11, entre os quais se encontram os direitos relativos ao trabalhador; os direitos relativos à seguridade social, que compreendem os direitos à saúde, à previdência e à assistência; direitos relativos à educação e à cultura; e os direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso.

Dentre os direitos estabelecidos pela Constituição merecem destaque, para o presente trabalho, o direito à educação, direito este considerado fundamental e que assume uma dimensão basilar na construção da cidadania.

A educação assume este papel tendo em vista tratar-se de um direito diretamente ligado à formação do ser humano, em todas as suas dimensões – seja ela intelectual, emocional ou cultural -, proporcionando-lhe maior liberdade quanto a suas escolhas e decisões.<sup>172</sup>

---

(habitação, saúde, educação) e que compõem os chamados direitos sociais. Mas antes, é necessário que os trabalhadores tenham direitos políticos, e que existam mínimas condições democráticas para reivindicarem o seu direito de serem cidadãos e de, enquanto tal, poderem batalhar por quaisquer de seus direitos. Por outro lado, é preciso que esses trabalhadores possam ser educados sobre a existência desses direitos, para que saibam o que há para construir em termos de uma sociedade sempre melhor”. (MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 40-41).

<sup>170</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 293.

<sup>171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

<sup>172</sup> “Para poder dar resposta ao conjunto das suas missões, a educação deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens fundamentais que, ao longo de toda a vida, serão de algum modo para cada indivíduo, os pilares do conhecimento: *aprender a conhecer*, isto é adquirir os instrumentos da compreensão; *Aprender a fazer*, para poder agir sobre o meio envolvente; *aprender a viver juntos*, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; finalmente *aprender a ser*, via essencial que integra as três precedentes. É claro que estas quatro vias do saber constituem apenas uma, dado que existem entre elas múltiplos pontos de contato, de

A nossa Constituição, ao estatuir acerca da educação, em seu art. 205, foi explícita quanto a seus objetivos, quais sejam, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Por meio da educação tem-se, pois, o desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana, no interesse individual e social, de modo a formar o indivíduo para a cidadania.<sup>173</sup>

Neste sentido, Marshall mencionava ser a educação um verdadeiro direito social, diretamente relacionado à cidadania. Para ele o direito à educação “deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado”.<sup>174</sup>

Ele acrescenta que o dever de auto-aperfeiçoamento é um dever não apenas individual, mas social, tendo-se em vista que uma população mais educada forma um eleitorado mais educado, apto a desempenhar seu papel dentro da sociedade, bem como proporciona uma melhor qualificação para o trabalho.<sup>175</sup>

Deste modo, tem-se que a educação assume uma importante posição na formação do cidadão, tendo-se em vista que um cidadão educado tem maiores condições de exercer seus direitos políticos e civis.

Ademais, é por meio da educação que se infunde no cidadão a consciência de seus direitos e deveres sociais, bem como o respeito para com os direitos alheios; é pois, através da educação que se forma o cidadão.<sup>176</sup>

Os direitos sociais, como visto, não são meras prestações estatais; tratam-se, na verdade, de legítimos direitos fundamentais, concedidos aos cidadãos com vistas à redução das desigualdades entre eles, proporcionando-lhes uma melhor qualidade de vida.

Sendo assim, tem-se que esses direitos, juntamente com os direitos civis e políticos, formam um núcleo de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, pois, como acentua Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as

---

relacionamento e de permuta”. (DELORS, Jacques. *Educação: Um tesouro a descobrir*. 2 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: MEC, 1999, p. 89-90).

<sup>173</sup> BARUFFI, Helder. *A educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado*. In FACHIN, Zulmar (coord.) *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008, p.87.

<sup>174</sup> MARSHALL, op.cit., p. 73.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>176</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à justiça*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 23 de maio de 2009, p. 1.

condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.<sup>177</sup>

#### 1.2.2.5 Cidadania e os direitos difusos e coletivos

A nossa Constituição alberga, além dos direitos civis, político e sociais, outra categoria de direitos inerentes ao conceito moderno de cidadania; trata-se dos direitos difusos e coletivos, espécies de direitos transindividuais.

Tais direitos surgem no contexto do Estado Democrático de Direito, onde se vê ultrapassada a dicotomia tradicional que distingue os interesses públicos dos interesses privados, passando-se a reconhecer interesses de uma categoria intermediária que, nas palavras de Mazzilli, são “interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público”.<sup>178</sup>

Esses interesses se manifestam diante de uma sociedade em massa, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo de pessoa, estabelecendo o dever jurídico de respeito a esses bens e valores.<sup>179</sup>

Os *interesses difusos* possuem definição legal estabelecida pelo art. 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que menciona serem direitos ou interesses difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Ou seja, trata-se de uma categoria de direito cuja titularidade pertence a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos.<sup>180</sup>

Essa indeterminação de sujeitos deriva, em grande parte, do fato de que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses. Trata-se de um vínculo de fato; eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas circunstâncias como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo

---

<sup>177</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 116.

<sup>178</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

<sup>179</sup> BELINETTI, Luiz Fernando. *Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos*. **Revista de Processo** n.98, ano 25, p. 125-132, abr/jun. 2000, p. 125.

<sup>180</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e legitimidade para agir*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

produto, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc.<sup>181</sup>

Neste sentido, Bastos sintetiza mencionando que “a característica primordial do interesse difuso é a sua descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um determinador fático qualquer em comum”.<sup>182</sup>

Outro aspecto desses direitos é o relativo a seu objeto, que é indivisível.

Neste sentido, Mazzilli exemplifica mencionando a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhada por número indeterminável de pessoas, não podendo ser qualificada ou dividida entre os membros da coletividade; do mesmo modo o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os membros do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse em si é indivisível.<sup>183</sup>

Ou seja, o direito ao meio ambiente equilibrado pertence a cada um, como ser humano, ao mesmo tempo que pertence a todos, como uma coletividade.

Assim, quando se visa tutelar a qualidade do meio ambiente está se fazendo com vistas à qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Está-se, pois, “diante de uma nova projeção do direito à vida”, pois neste deve se incluir a manutenção do meio ambiente como pressuposto para a própria vida.<sup>184</sup>

O direito a um meio ambiente equilibrado é, pois, um direito de *todos*, independentemente de raça, sexo, idade ou posição social.

Em razão desta universalização dos direitos difusos Fiorillo faz uma crítica à legitimidade ativa da ação popular ambiental.

O art. 5º, LXXIII estabelece que *qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao meio ambiente [...]; e a lei 4.717/65 estabelece, em seu art. 1º, § 3º que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>182</sup> BASTOS, Celso. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. RePro 23/39. São Paulo: RT, jul/set. 1981.

<sup>183</sup> MAZZILLI, op.cit., p. 51-52.

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

Segundo Fiorillo, este conceito de cidadão só poderia servir em casos que se vise proteger coisa pública e não para os que se referem à ação popular ambiental. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) é de *todos*, de modo que não cabe apenas ao eleitor, mas a *todos* serem rotulados como cidadãos para fins de propositura da ação popular ambiental.<sup>185</sup>

Fazendo uma análise do art. 5º, caput e inciso LXXIII e do art. 225 da Constituição Federal, o autor conclui seu raciocínio mencionando que “o destinatário do meio ambiente ecologicamente equilibrado é de toda coletividade - brasileiros e estrangeiros residentes -, *independentemente da condição de eleitor*,” trata-se, portanto, de um bem de caráter supra-individual, de natureza difusa e não pública, de modo que não cabe aqui, restringir o conceito de cidadão.<sup>186 187</sup>

Já os *direitos coletivos* são definidos pelo art. 81, II do Código de Defesa do Consumidor como sendo os interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Esses direitos, diferentemente do que ocorre com os interesses difusos, em que a titularidade é indeterminável, tem como titulares pessoas determinadas ou determináveis, integrantes de um grupo, categoria ou classe.

Ou seja, no caso dos direitos coletivos, a titularidade pertence ao sujeito enquanto partícipe de um grupo, categoria ou classe de pessoas bem definida por uma relação jurídica base.<sup>188</sup>

Dentre os exemplos de direitos coletivos trazidos pela doutrina pode se mencionar os inerentes aos associados a um sindicato e o direito de alunos de uma determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino.<sup>189</sup>

Feitas estas considerações, constata-se que a cidadania é um conceito histórico cujo sentido varia no tempo e no espaço.

No Brasil a cidadania que outrora foi entendida como sinônima de nacionalidade e de direito políticos é, no atual Estado Democrático de Direito, compreendida de uma forma mais abrangente, abarcando uma gama de direitos que visam promover a dignidade da pessoa humana.

<sup>185</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>187</sup> No mesmo sentido MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 118.

<sup>188</sup> ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2004, p. 40.

<sup>189</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 77-78.

## 2 DO ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1 A CIDADANIA E O ACESSO À JUSTIÇA

A cidadania, como visto, pode ser entendida hodiernamente como o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, tais como os direitos civis, políticos, sociais e coletivos, bem como dos deveres a eles inerentes, a serem realizados por meio da participação do indivíduo no espaço público.

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição estabeleceu a cidadania como um de seus pilares, objetivando-se, com isso, construir uma sociedade justa, livre e solidária, apta a reduzir as desigualdades sociais e regionais, garantindo-se, do mesmo modo, o desenvolvimento nacional.

Ou seja, a Constituição estabeleceu, como finalidade última do Estado, assegurar o bem-estar de todos, o que é alcançado por meio do exercício da cidadania.

No Estado Democrático de Direito encontra-se, portanto, “a vontade constitucional de realizar a justiça social”. Para tanto, este modelo de Estado é acrescido de um *plus* em relação aos modelos anteriores, na medida em que estabelece constitucionalmente os meios para que se alcance tal finalidade, assumindo, assim, sua função transformadora.<sup>190</sup>

Diante disso, tem-se que muitos outros direitos e garantias foram colocados à disposição do cidadão, no intuito de se estabelecer uma sociedade justa e igualitária.

No entanto, embora a Constituição tenha sido pródiga em atribuir direitos fundamentais ao cidadão bem como garantias aptas a efetivá-los, eles não se realizam em sua plenitude. Não há, pois, uma cidadania plena no Brasil.<sup>191</sup>

Como menciona Calmon de Passos, a cidadania existente no Brasil é a *cidadania tutelada*, entendida esta como “aquela formalmente deferida, mas operacionalmente constringida”.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 35.

<sup>191</sup> “Somente se pode falar em cidadania, em sua plenitude, quando a todos indivíduos, por força dos seus vínculos com determinado Estado, são assegurados direitos de participação (políticos), direitos de autodeterminação (direitos civis), direitos a prestações que favoreçam a igualdade substancial entre todos (direitos sociais) e tais direitos sejam garantidos, institucionalmente, de modo eficaz” (PASSOS, J.J. Calmon de. *Cidadania tutelada*, p.23).

Essa inefetividade na realização de direitos, que tem dificultado a concretização de uma cidadania plena deve-se, entre tantos fatores, à falta de conhecimento acerca dos direitos e à falta de atuação estatal.

No que se refere à falta de conhecimento dos direitos tem-se que de nada adianta a normatização de direitos pelo Estado se este não dá conhecimento da existência de tais direitos aos cidadãos. “Direito positivo não sabido é direito inexistente. Quem dele não sabe, não o reivindica; sem o seu conhecimento, não há seu exercício”.<sup>193</sup>

Ou seja, para se efetivar os direitos inerentes à cidadania faz-se necessário, antes de tudo, o acesso ao conhecimento do direito. Não há, pois, como se falar em exercício de direito, em luta pelo direito sem antes conhecê-lo.<sup>194</sup>

Outro aspecto relevante a ser mencionado acerca do conhecimento dos direitos refere-se à educação voltada ao seu exercício. Muitas pessoas, embora conhecedoras de seus direitos, não os exercitam, não os reivindicam.<sup>195</sup>

Não há, ainda, uma cultura predominante no sentido de reconhecê-los e fazer valer tais direitos. Disso decorre que muitas pessoas passam a ver a reivindicação e defesa de seus direitos como “um agravo de quem o exerce e uma afronta contra quem é exercido”<sup>196</sup>

Outro obstáculo a não concretização de uma cidadania plena é o relacionado à falta de atuação estatal.

O Estado Democrático de Direito possui como tarefa fundamental superar as desigualdades sociais e regionais com o fim de realizar a justiça social. Ele possui, portanto, a missão de obter uma incorporação efetiva da questão da igualdade, o que é alcançada “através do asseguramento de condições mínimas de vida ao cidadão e à coletividade”.<sup>197</sup>

Sendo assim, compete aos Poderes públicos o dever de dar maior concretude aos direitos fundamentais, quando do exercício de suas funções, o que

---

<sup>192</sup> Ibidem, p. 09.

<sup>193</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.35.

<sup>194</sup> FREDERICO, Sérgio Augusto. *Cidadania: elemento fundamental para o acesso à justiça*. **Revista do Instituto de pesquisa e estudos**. Bauru, n. 28, p. 331-343, abr/jul. 2000, p. 335.

<sup>195</sup> JELIN, Elizabeth. *Cidadania revisitada: solidariedade, responsabilidade e direito*. In: JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric (org.). *Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. São Paulo: Editora da universidade de São Paulo: Núcleo de estudos da violência (NEV), 2006, p. 165.

<sup>196</sup> ROCHA, op.cit, p. 32-33.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 35.

fazem por meio de sua atuação planejadora, regulamentadora, bem como por meio do fornecimento de prestações que assegurem estas condições mínimas de vida aos cidadãos.<sup>198</sup>

Dentre estas condições asseguradas pelo Estado citam-se, a título de exemplo, os direitos básicos à saúde, à educação, ao trabalho e à alimentação.

No entanto, vale ressaltar que ao se exigir tal posicionamento do Estado não se está atribuindo uma política paternalista a ele. O que se almeja com o asseguramento dessas condições mínimas por parte do Estado é proporcionar uma “igualdade substancial” entre os cidadãos.<sup>199</sup>

Ou, como coloca Cicco, o que se busca por meio dessa atuação estatal é assegurar “a igualdade de oportunidade, a igualdade no ponto de partida”, no sentido de que a todos devem ser assegurados direitos básicos, ficando o progresso de cada um dependente de seu esforço próprio.<sup>200</sup>

É justamente essa igualdade de oportunidades, essa igualdade de cidadania, nas palavras de Marshall<sup>201</sup>, que não tem sido cumprida em nosso país.

Os programas especificados pela Constituição Federal visando uma sociedade mais justa e igualitária não tem sido cumpridos pelos Poderes Executivo e Legislativo, do mesmo modo, as normas-programas consubstanciadas em seu bojo não tem sido implementadas.<sup>202</sup>

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem assumido um novo papel; além de atuar na solução de conflitos, ele passou a preocupar-se com a implementação de políticas públicas, reprimindo os obstáculos na realização de direitos constitucionais atribuídos ao cidadão.<sup>203</sup>

Com isso não se está afirmando uma supremacia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes ou mencionando que ele possa substituir os demais poderes na realização de políticas públicas.

---

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

<sup>199</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Cidadania tutelada*, p.8.

<sup>200</sup> CICCIO, Cláudio de. *Kant e o Estado de Direito: O problema do fundamento da cidadania*. In: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flavia (Coord.). *Direito, cidadania e Justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, sociologia e Filosofia jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 182.

<sup>201</sup> “[...] a desigualdade do sistema de classes sociais pode ser aceitável desde que a igualdade de cidadania seja reconhecida”. (MARSHALL, op.cit., p. 62).

<sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 52-53.

<sup>203</sup> ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 13.

O que ocorre é que no Estado Democrático de Direito, dado o não cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos Poderes Públicos na realização de políticas públicas por ela estabelecida, dá-se a atuação do Poder judiciário, por meios estabelecidos pela própria Carta Magna, no sentido de promover a realização dos direitos.<sup>204 205</sup>

Dentre os meios de atuação estabelecidos pela Constituição, cita-se, por exemplo, o mandado de injunção que é utilizado quando 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.

Outro importante meio utilizado pelo Poder Judiciário na promoção e realização desses direitos é o controle de constitucionalidade, que nas palavras de Streck, é um meio que “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”.<sup>206</sup>

Neste sentido, tem-se que o Judiciário passou a exercer um papel preponderante na efetivação dos direitos inerentes ao cidadão, não se limitando mais a um universo fechado, em desconformidade com a realidade social.

No Estado Democrático de Direito o Judiciário passou, pois, a ser uma via de efetivação dos preceitos estabelecidos pela Constituição, viabilizando, deste modo, a fruição dos próprios direitos por ela estabelecidos.

Diante de tais colocações tem-se que, estando o cidadão consciente de seus direitos e encontrando-se cerceado de exercê-los livremente, seja por outro cidadão seja pelo Estado, poderá valer-se de seu direito de acesso à justiça para obter do Estado, por meio do Poder Judiciário, a tutela adequada a seu direito.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> STRECK, op.cit., p. 53.

<sup>205</sup> Esboçando simpatia pela corrente substancialista do Direito, Lenio Streck menciona que “no Estado Democrático de Direito ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional, Pode-se dizer, neste sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão aponta para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direito negativo); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. [...] Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. (STRECK, op.cit., p. 52). No mesmo sentido GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 227.

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 53.

<sup>207</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2001, p. 48.

Ou seja, pelo direito de acesso à justiça tem o cidadão um meio colocado à sua disposição, pelo qual poderá assegurar o exercício de outros direitos fundamentais, quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição.<sup>208</sup>

O acesso à justiça é, portanto, o “‘mais básico dos direitos humanos’, é analisado como um meio de realização da cidadania, pela participação dos indivíduos na conquista e efetivação de seus direitos individuais e coletivos”.<sup>209</sup>

## 2.2 Delimitações Acerca do Acesso à Justiça

Durante os séculos XVIII e XIX, período este em que se estabeleciam os Estados Liberais, o conceito de acesso à justiça era entendido sob uma ótica individualista; sendo concebido como um direito formal de um indivíduo propor ou contestar uma ação.<sup>210</sup>

Entendido como um direito natural, portanto anterior ao Estado, exigia-se deste apenas o dever de não permitir que esses direitos fossem violados por outrem.<sup>211</sup>

Neste período todos eram considerados iguais, a Constituição se limitava apenas a estabelecer mecanismos de acesso à justiça sem se preocupar acerca de sua efetividade no plano social.<sup>212</sup>

Ou seja, o Estado possuía uma posição passiva em relação aos conflitos, ele não se preocupava com questões atinentes à capacidade ou não de o indivíduo utilizar-se adequadamente dos instrumentos da Justiça, ele não interferia na aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los em juízo; este era um problema de responsabilidade única da parte.<sup>213</sup>

<sup>208</sup> PAROSKI, Mauro Vasni. *Do direito fundamental de acesso à justiça*. **Scientia Juris – Revista do curso de mestrado em direito negocial da uel**. Londrina: Ed. da Uel, v.10, p. 225-242, 2006, p.228.

<sup>209</sup> SILVA, Larissa Tenfer. *Cidadania e acesso à justiça: a experiência florianopolitana do juizado especial cível itinerante*. **Sequência: Revista do curso de pós-graduação em direito UFSC**. Ano XXV. Florianópolis, n. 48, jul. 2004, p. 76.

<sup>210</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.9.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p.9.

<sup>212</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul/2005, p. 64.

<sup>213</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op.cit, p.9.

Ao Estado bastava apenas proclamar o direito de ir a juízo, pouco importava se o titular do direito lesado poderia ou não usufruir realmente deste direito.

Contudo, com o passar do tempo houve o afastamento dessa visão individualista, passou-se a dar maior importância ao aspecto social e a efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, as Constituições passaram a dar maior relevância aos mencionados direitos, assumindo “o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos”.<sup>214</sup>

Neste contexto, o acesso à justiça passou a ser visto não mais como um direito de acesso ao Poder Judiciário, mas sim, como um direito de acesso a uma ordem jurídica justa, onde o cidadão, valendo-se de mecanismos processuais adequados, pudesse participar ativamente do processo, de modo a ver realizado seu direito.

Neste sentido, Dinamarco acrescenta que

*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.*<sup>215</sup>

Disso resulta que o acesso à justiça é o centro para o qual convergem outros importantes princípios, tais como o da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, sem os quais não seria possível a concessão de uma ordem jurídica justa.<sup>216</sup>

No entanto, para que o cidadão possa usufruir de um efetivo acesso à justiça faz-se necessário, ainda, que lhe seja proporcionado um tratamento igualitário.<sup>217</sup>

<sup>214</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*, p. 64.

<sup>215</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1, p. 134.

<sup>216</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

<sup>217</sup> “A cidadania não pode ser dissociada da ideia de igualdade. A igualdade jurídica consiste em um dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito e, a despeito de ser um direito individual, serve de alicerce, de sustentação ao exercício de inúmeros outros direitos”. (ALVIM, Marcia Cristina de Souza. *Educação, cidadania e acesso à justiça*. **Revista mestrado em Osasco**, ano 6, n. 2, p. 97-106, 2006, p. 101).

Não há, pois, pleno acesso à justiça sem a garantia de um tratamento igualitário. “A igualdade é um elemento comum a toda concepção de justiça.” Sem tratamento igualitário não há um processo justo.<sup>218</sup>

Neste sentido concluem Capelletti e Garth ao mencionarem que “acesso à justiça”,

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>219</sup>

Deste modo, mais do que acesso aos tribunais, o acesso à justiça deve ser compreendido como um acesso igualitário, dado a todas as pessoas, a um processo cujo resultado seja efetivo e justo, capaz de propiciar acesso aos próprios direitos contemplados no ordenamento jurídico.

Ou seja, por meio do direito de acesso à justiça o cidadão tem o “direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema”.<sup>220</sup>

Contudo, embora o acesso à justiça seja uma garantia assegurada constitucionalmente (art. 5º, XXXV), ele tem sofrido restrições no plano de sua efetividade. Muitos são os obstáculos enfrentados pelo cidadão na tentativa de ter um efetivo acesso à justiça.

Dentre os obstáculos Boaventura de Souza Santos menciona os de ordem econômica, social e cultural.<sup>221</sup>

Quanto aos *obstáculos de ordem econômica* menciona-se o problema da falta de recursos financeiros da parte para ingressar com uma ação.

O alto custo dos serviços da justiça tem contribuído para obstar o acesso efetivo dos hipossuficientes à justiça, o que é agravado à medida que

<sup>218</sup> SILVA, José Afonso da. *Acesso à justiça e cidadania*. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun., p. 9-23, 1999, p. 15.

<sup>219</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op.cit, p. 8.

<sup>220</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Anotações sobre a efetividade do processo*, **Revista Consulex**, ano VII, n. 150, 15 de abril de 2003, p. 5.

<sup>221</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. **Revista de Processo**, n. 37, ano 10, p. 121-139, jan/mar. 1985, p.126-129.

aumenta o tempo de duração do processo. Quanto mais dura o processo, mais oneroso se torna para a parte.<sup>222</sup>

Diante disso, muitas vezes o cidadão, convicto de que seu direito foi violado ou se encontra ameaçado de sê-lo, prefere abrir mão de seu direito a ter que enfrentar os altos custos da justiça.<sup>223</sup>

Esse obstáculo, no entanto, tem se mostrado um dos maiores entraves ao cidadão de recorrer à Justiça em defesa de seus direitos, não apenas pela questão financeira, mas ainda, pelos reflexos que exerce sobre os demais obstáculos.

Outro empecilho enfrentado é o de *ordem social*, que se manifesta, por exemplo, na falta de conhecimento dos direitos básicos pelo cidadão e pela sociedade, bem como pela falta de conhecimento dos instrumentos processuais existentes para a defesa de tais direitos.<sup>224</sup>

Essa falta de conhecimento leva os indivíduos a não procurarem uma tutela jurisdicional para seus direitos quando lesados ou ameaçados, o que acaba contribuindo para o não exercício de determinados direitos, que só seria possível por meio do êxito de uma demanda judicial.<sup>225</sup>

Tal obstáculo poderia ser contornado, em grande parte, se fosse concedido um amplo acesso à orientação e às informações jurídicas aos mais pobres, classe mais desprovidas dos mencionados conhecimentos.<sup>226</sup>

No que se refere aos *obstáculos de ordem cultural*, cita-se, a título de exemplo, a falta de confiança da população no Poder judiciário dado, sobretudo, a casos de impunidade e ineficiência, aos quais se agregam problemas tais como a morosidade da justiça, o excesso de burocracia e de formalismo do judiciário.<sup>227</sup>

<sup>222</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. *Acesso à justiça e a efetividade da prestação jurídica: o inciso LXXVIII, art. 5º incluído pela EC 45/04*. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 138, ano 31, agosto de 2006, p. 84.

<sup>223</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo civil: Teoria geral do processo*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1, p. 190.

<sup>224</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37.

<sup>225</sup> PAROSKI, op.cit., p. 235.

<sup>226</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.33.

<sup>227</sup> A Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia (Fundace) divulgou em 8/06/2011 uma pesquisa realizada entre advogados de todos os Estados e Distrito Federal cujo objetivo era demonstrar o Índice de Confiança dos Advogados na Justiça (ICAJ). Foram entrevistados 1172 advogados que avaliaram a Justiça brasileira em sete indicadores, atribuindo-lhe nota de 0 (zero) a 100 (cem). Quanto à igualdade de tratamento, 55,1% dos entrevistados considerou a Justiça pouco igualitária, tendo o índice a nota de 27,8. Quanto à eficiência, 70,1% considerou-a pouco eficiente, com nota do índice de 30,4. No que se refere à

O direito de acesso à justiça depende, portanto, de vários fatores. Não basta que ele esteja previsto no ordenamento, é preciso que ele seja implementado, que seja efetivo de modo a propiciar uma prestação jurisdicional célere, barata e eficiente a quem recorre ao Judiciário.<sup>228</sup>

Neste sentido, muito tem se realizado, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, no sentido de tentar minimizar estes obstáculos.

Nesta Carta Magna, o constituinte ampliou o rol de instrumentos de defesa dos direitos fundamentais, adotando institutos como o mandado de injunção, o habeas data, o mandado de segurança coletivo e fortaleceu a ação direta de inconstitucionalidade.<sup>229</sup>

Do mesmo modo, tornou obrigatória a criação de juizados especiais, de defensoria pública e instituiu a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes.

Todas essas garantias, dentre muitas outras, foram instituídas com o propósito de conceder ao cidadão um efetivo acesso à justiça, não mais um acesso aos tribunais, indiferente à realidade.

### 2.3 O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO

O acesso à justiça, como visto, deve ser entendido não apenas como um direito de o cidadão defender seus direitos em juízo, mas ainda, como um dever do Estado de prestar a devida tutela aos direitos.

Não há que se pensar em proibição da autotutela pelo Estado sem que haja a devida tutela dos direitos por parte do Estado, sem que ele viabilize os meios de o cidadão defender seus direitos em juízo.

---

honestidade, 54,1% considera-a pouco honesta, com nota do índice de 44,2. Quanto à rapidez para solução dos litígios, 66,4% dizem ser muito lenta, e a nota do índice foi de 11,9. Relacionado ao quesito “custos”, 52,5% considera cara a justiça brasileira, com nota do índice de 24,4. Quanto ao acesso para solução do litígio, 50,9% entende ser difícil, com nota do índice igual a 42,0. E, por fim, diante da pergunta relacionada às expectativas dos próximos 5 anos, 54,0% entendem que a justiça estará melhor, tendo o índice a nota de 48,2. Com isso tem-se que o índice geral de Confiança dos advogados na justiça é de 32,7. (Fonte: [www.fundace.org.br/arquivos\\_diversos/ftp/confianca\\_justica\\_brasil.pdf](http://www.fundace.org.br/arquivos_diversos/ftp/confianca_justica_brasil.pdf). Acesso em 24/05/2011).

<sup>228</sup> CORTES; MAGALHÃES, op.cit., p. 84.

<sup>229</sup> TEIXEIRA, Salvio Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80.

Seria inconcebível que o Estado estabelecesse direitos aos cidadãos sem que estabelecesse, concomitantemente, os meios para se garantir tais direitos, de torná-los eficazes, nos casos de sua violação.<sup>230</sup>

O direito de acesso à justiça é, pois, inerente à própria configuração do Estado;<sup>231</sup> é a mais fundamental de suas obrigações, tendo em vista que por intermédio dele que o Estado (Democrático de Direito) realiza seu objetivo maior: pacificar os conflitos com justiça, de modo a se estabelecer o bem comum de toda coletividade.<sup>232</sup>

Assim, tem-se que ao conceder o direito de acesso à justiça, o Estado está a proporcionar ao cidadão o direito de postular uma tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a seus direitos sejam eles individuais, difusos ou coletivos.<sup>233</sup>

No entanto, para que seja produzida uma tutela jurisdicional justa, faz-se necessária uma série de atos interligados e coordenados a “serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus”.<sup>234</sup> A essa série de atos dá-se o nome de processo.

O processo é, pois, o meio pelo qual a jurisdição atua, sendo, portanto, um instrumento de pacificação social apto a fazer justiça e a exercitar a cidadania.

Sendo o processo um instrumento, ele deve ser analisado levando-se em consideração a sua finalidade. “Todo instrumento, como tal é *meio*; só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina”.<sup>235</sup>

Dada a sua instrumentalidade, o processo deve ser visto levando-se em consideração o direito material da parte; é em função deste que o processo opera e tem sua razão de ser.<sup>236</sup>

<sup>230</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 113.

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo civil. Teoria geral do processo*, p.189.

<sup>232</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op.cit., p. 43.

<sup>233</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

<sup>234</sup> DINAMARCO. Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, V.2, p. 25.

<sup>235</sup> Idem. *Instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

<sup>236</sup> No que se refere à instrumentalidade do processo vale ressaltar a observação feita por Bedaque de que as regras técnicas do processo “devem ser aptas a servir ao fim a que destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual. [...] não se trata de regresso a fases já superadas do estudo do processo. Reconhece-se e defende-se a autonomia do direito processual. Não se aceita, todavia, seu isolamento, mormente por se tratar de ciência

Ou seja, a instrumentalidade do processo deve ser vista sob uma ótica substancial e não meramente formal.<sup>237</sup>

Sendo assim, tem-se que o processo não é mero instrumento técnico, mas sim um instrumento apto a dar efetividade ao direito material, por meio de um tratamento adequado às reais necessidades do direito.<sup>238</sup>

O processo, portanto, vale pelo resultado que produz na vida das pessoas; seu valor reside na capacidade de proporcionar à parte que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.<sup>239</sup>

Contudo, para que o processo propicie um efetivo acesso à justiça e alcance os fins a que se destina, faz-se necessário que seja proporcionado à parte uma participação efetiva, de modo a poder valer-se de todos os meios necessários à defesa de seus direitos.

De nada adiantaria proporcionar à parte uma legitimidade de participação sem que esta se fizesse efetiva, sem que proporcionasse os meios necessários aptos a influir na formação da decisão.<sup>240</sup>

Essa participação das partes se configura, pois, como emanção da própria democracia<sup>241</sup>, que no processo se manifesta por meio do princípio do contraditório “compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”.<sup>242</sup>

Neste sentido, tem-se que o processo mostra-se como um importante instrumento de atuação do cidadão na vida e nos destinos do Estado, na medida que, através dele se oportuniza ao cidadão a defesa de seus direitos fundamentais.

---

instrumental. São estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o escopo do processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20).

<sup>237</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.23.

<sup>238</sup> BEDAQUE, op.cit., p. 20-21.

<sup>239</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v.1, p. 127.

<sup>240</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo civil*, p. 407.

<sup>241</sup> “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia” (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 201-202).

<sup>242</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *A garantia do contraditório*. Disponível em: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acesso em 09/04/2011, p. 6.

Tem-se, portanto, que o processo assume uma condição de via de participação e não apenas de tutela jurisdicional.<sup>243</sup>

Como assevera Marinoni, “além de instrumento da jurisdição para a tutela dos direitos na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar na busca da realização da proteção dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público”.<sup>244</sup>

Deste modo, pode-se afirmar que o processo, no Estado Democrático de Direito, não se limita mais apenas em exercer seu escopo jurídico, qual seja, “a atuação da vontade concreta do direito”.<sup>245</sup>

O processo, neste novo paradigma, é entendido de uma forma mais ampla, ele é visto como um instrumento da jurisdição apto a “pacificar as pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça”,<sup>246</sup> por meio de uma participação efetiva das partes, atendendo deste modo, aos seus escopos sociais e políticos.

Em síntese, tem-se que

O processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição. É instrumento que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão.<sup>247</sup>

O processo é, pois, um meio de tutela pelo qual os valores consubstanciados na Constituição são cumpridos, atingindo os objetivos a que se propõem, garantindo, deste modo, os direitos inerentes ao cidadão.

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo civil*, p. 440.

<sup>244</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo civil*, p. 440.

<sup>245</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.1, p. 154.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>247</sup> DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos Princípios nas garantias processuais do cidadão*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67.

### 3 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

#### 3.1 NOÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

O processo, como visto, pode ser entendido como o instrumento de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente aos cidadãos,<sup>248</sup> na medida em que proporciona a eles não apenas a defesa e concretização de seus direitos, mas ainda, a sua participação em sociedade.

No entanto, para que o processo desempenhe seu importante papel como instrumento de exercício da cidadania, deve-se ater à questão de sua efetividade.

Contudo, antes de adentrarmos a essa questão, faz-se necessária uma breve explanação acerca das expressões “efetividade” e “eficácia”, para melhor compreensão do tema.

Por *eficácia* entende-se a aptidão para produzir determinado efeito, diz respeito à aplicabilidade. Não se insere em seu âmbito o problema de saber se tais efeitos se produzem ou não.<sup>249</sup> Este é um problema do âmbito da efetividade.

Doutrinariamente, a eficácia é analisada sob três aspectos: técnico, jurídico e social. Por *eficácia técnica* se entende “a característica da norma jurídica de irradiar efeitos no mundo do direito positivo”.<sup>250</sup> Sob este ângulo, a norma passa a ser apta a produzir seus efeitos no mundo jurídico assim que entrar em vigor.

Por *eficácia jurídica* pode-se entender “o processo pelo qual, efetivando-se o fato relatado no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente”.<sup>251</sup> Ou seja, trata-se da aptidão de um fato jurídico de produzir seus efeitos no mundo jurídico, assim que ocorrido no mundo dos fatos o descrito na norma.<sup>252</sup>

<sup>248</sup> TEIXEIRA, op.cit, p. 81.

<sup>249</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.247.

<sup>250</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: O constructivismo lógico-semântico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 750.

<sup>251</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

<sup>252</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: O constructivismo lógico-semântico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 754.

E por fim, há a *eficácia social* - ou efetividade -, que é a concreta produção de efeitos, ela existe no âmbito da realização do direito,<sup>253</sup> trata-se, pois, do “desempenho concreto de sua função social”. Ou como assevera Barroso trata-se da “própria materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”.<sup>254</sup>

Neste sentido, Calgato sintetiza mencionando que “se a eficácia é a possibilidade de um efeito (abstração), a efetividade, o efeito real (realidade)”.<sup>255</sup>

Levando estes conceitos para a seara processual, vamos ao encontro da efetividade do processo.

Por processo efetivo compreende-se aquele apto a realizar integralmente “toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os escopos institucionais”.<sup>256</sup>

Ou seja, processo efetivo é aquele que proporciona, por meio de uma participação efetiva do cidadão em sociedade, a solução dos conflitos trazidos em juízo, com justiça, concretizando o direito.

Calmon de Passos, no entanto, faz uma crítica à expressão “efetividade do processo”, entendendo que não é o processo que reclama por efetividade e sim o ordenamento jurídico.

Para o autor, “falar-se, pois, pura e simplesmente em efetividade do processo exigiria que previamente houvéssemos demonstrado ser o processo valioso em si mesmo, donde batalharmos por sua efetividade”. Para ele, “o processo não é jamais valioso em si mesmo, [...] a valiosidade refere-se ao direito, enquanto produto, não ao processo de produção”.<sup>257</sup>

No entanto, vale ressaltar que, ao proporcionarmos uma maior atenção ao processo e a questão de sua efetividade, não estamos valorizando-o em si mesmo, o que acarretaria um retrocesso e uma inversão de valores.

O processo, como visto, é um instrumento de atuação jurisdicional e, como tal, visa atingir determinadas finalidades. Deste modo, ao analisarmos a

<sup>253</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>254</sup> Idem. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

<sup>255</sup> CALGATO, Gerson Amauri. *Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista*. **Revista mestrado em direito**. Osasco: UNIFIEO, ano 8, n. 1, p. 167-190 2008, p. 170.

<sup>256</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

<sup>257</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Cidadania e efetividade do processo*. **Revista jurídica Consulex**, ano VII, n. 146, 15 de fev. de 2003, p. 58.

questão da efetividade do processo estamos nos voltando, na verdade, a seus resultados. Como assevera Bedaque, “a preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins”.<sup>258</sup>

Ou seja, o processo é um instrumento<sup>259</sup> de atuação jurisdicional a serviço do direito material, razão pela qual se justifica a preocupação com a técnica, oferecendo-se meios eficazes, “para que a busca seja produtiva e o direito substancial cumprido”.<sup>260</sup>

Deste modo, faz-se necessário propugnar pela efetividade do processo, de modo que ele seja apto a atender as peculiaridades dos interesses em conflito trazidos a juízo de modo a dar a máxima proteção aos direitos que por meio dele devem ser concretizados.<sup>261</sup>

Neste sentido, tem-se o processo como um instrumento jurisdicional apto a dar efetividade aos direitos materiais da parte, atuando de modo a proporcionar ao indivíduo que tiver razão a concreta realização de seu direito.

Ou, como bem coloca Chiovenda, “o processo deve dar, quanto for possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.<sup>262</sup>

No entanto, para que o processo seja efetivo, de modo a atingir os fins a que se destina, devem ser levados em consideração alguns aspectos.

O primeiro deles, já abordado em tópicos anteriores, se refere ao acesso do cidadão à justiça. Não há processo efetivo, capaz de proporcionar a tutela de um direito sem que o cidadão tenha tido acesso aos meios de obtê-los.

Outro aspecto relevante à efetividade do processo relaciona-se aos meios de tutelas adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento.

<sup>258</sup> BEDAQUE, op.cit., p. 19.

<sup>259</sup> Calmon de Passos, embasando-se na filosofia da consciência, se posiciona contrário à “instrumentalidade do processo” asseverando que “não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um”. (CALMON DE PASSOS, J. J. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. **Revista de Processo**, n. 102, ano 26, p. 55- 67, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p.64).

<sup>260</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, p.275.

<sup>261</sup> FERNANDES, Noeli. *Efetividade da tutela jurisdicional: Acesso à justiça e tempo razoável de duração do processo*. **Revista da faculdade de direito do sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n.2, p. 201-216, jul/dez. 2009, p. 204.

<sup>262</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. Campinas: Bookseller, v.1, 2002, p. 67.

Sendo a tutela jurisdicional entendida como uma tutela efetiva de direitos pelo processo, ela deve se adequar à natureza do direito material que demanda sua proteção.<sup>263</sup>

A tutela jurisdicional está, pois, relacionada ao direito material, sendo ela concedida àquele que tiver razão, ou seja, àquele que efetivamente possui o direito material que afirma.<sup>264</sup>

Deste modo, as várias modalidades de tutela devem ser aptas a proporcionar ao titular do direito material uma situação igual a que se encontrava antes da lesão ou ameaça a seu direito.<sup>265</sup>

Ou seja, tem-se que, para alcançar a efetividade, o Estado deve proporcionar à parte não apenas uma tutela que se destina a reparar uma lesão a direito, mas, ainda, uma tutela que seja capaz de evitar que a ameaça de lesão a direito venha a se concretizar.

No entanto, a nossa sistemática processual, elaborada sob uma ótica liberal- individualista, mostra-se predominantemente sancionatória no que diz respeito à proteção jurisdicional, atuando deste modo, após a lesão do direito. Isso faz com que o conteúdo da tutela seja ressarcitório, demonstrando a preocupação do legislador em tutelar os direitos exclusivamente patrimoniais.<sup>266</sup>

Contudo, há direitos que não possuem conteúdo patrimonial e que, conseqüentemente, não podem ser tutelados por uma tutela ressarcitória. É nesta categoria de direitos que se encontram os direitos fundamentais do cidadão.

Estes direitos encontram-se na categoria de direitos não-patrimoniais que, como óbvio, não podem ser monetarizados e, conseqüentemente, não podem ser resolvidos em perdas e danos.

Dada a inefetividade desse modelo para tutelar determinados direitos é que surgiram reformas, em consonância com o estabelecido pela Constituição Federal, no sentido de dar maior efetividade aos direitos.

Neste sentido, o Código de Processo civil passou a estabelecer uma nova modalidade de tutela, a preventiva, cujo intuito é de evitar a concretização de lesão a um direito.

---

<sup>263</sup> BEDAQUE, op.cit., p. 29 e 33.

<sup>264</sup> "Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo" (DINAMARCO, op.cit., 2005, p.123).

<sup>265</sup> BEDAQUE, op.cit., p. 43.

<sup>266</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18.

Dentre as espécies de tutela preventiva, é objeto de destaque a tutela inibitória, que diferentemente de outras modalidades de tutela preventiva, como as tutelas cautelares e antecipada, não visa proteger o resultado de outro processo, mas sim, afastar a ameaça a um direito, protegendo, deste modo, o próprio direito.<sup>267</sup>

A tutela inibitória se mostra, pois, de grande relevância para a proteção de direitos extrapatrimoniais, como são os direitos fundamentais inerentes ao cidadão. Dentre as hipóteses típicas de tutela inibitória, podemos mencionar o mandado de segurança preventivo.

Com o advento das reformas processuais (sobretudo as estabelecidas pela Lei 8.952/94 e 10.444/02), outra importante conquista se deu na seara da efetividade processual.

Além de estabelecer fundamento à tutela inibitória, o art. 461 do Código de processo civil passou a ter nova redação e acrescentou-se o art. 461-A ao diploma legal. Estes artigos passaram a estabelecer a prevalência do cumprimento específico da obrigação de fazer, não-fazer e dar, em detrimento da indenização em perdas e danos, que somente seria efetivado quando da impossibilidade de se atingir o cumprimento da tutela específica ou quando o autor assim o requeresse.<sup>268</sup>

Neste sentido, tem-se que muito se tem feito, na seara processual, com o intuito de dar máxima efetividade aos direitos por meio do processo.

Isso se deve ao fato de o processo, como instrumento que visa dar efetividade à tutela dos direitos, precisar se valer de meios capazes de satisfazê-la, de modo que o resultado da atividade jurisdicional seja, preferencialmente, a realização do próprio direito.

Dotado o processo de meios hábeis a tutelar o direito, é preciso ainda, que estes meios sejam aptos a proporcionar um provimento célere, justo e tempestivo.

Não há efetividade do processo sem que seja agregada celeridade a ele. Não são raras as vezes em que a morosidade do processo acaba por não

---

<sup>267</sup> Ibidem, p. 166; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>268</sup> SPADONI, op.cit., p.40.

conferir a tutela efetiva a um direito,<sup>269</sup> frustrando, deste modo a fruição do próprio direito.

No entanto, vale ressaltar que o conceito de celeridade não se confunde com o conceito de efetividade processual, embora seja aquela um importante aspecto desta.<sup>270</sup>

Um processo pode ser célere, mas não necessariamente efetivo. Isto ocorre em casos, por exemplo, em que, embora célere, não se observam os princípios do contraditório e da ampla defesa, ou ainda, em casos em que seja proferida uma sentença injusta.

A celeridade não deve ser entendida, do mesmo modo, como precipitação ou urgência. Para que o processo judicial se desenvolva é preciso que se realize uma série de atos, que permita os debates e a formação do convencimento do juiz, atos estes que têm seu curso normal, que demandam tempo.<sup>271</sup>

No entanto, esse tempo necessário para seu desenvolvimento deve ser *útil*, de modo a proporcionar a prestação de uma tutela efetiva condizente com a boa qualidade da justiça.

Não há, pois, que se conceber uma aceleração indevida de um processo, tendo-se em vista que esta resultaria em supressão de garantias ao próprio jurisdicionado. Do mesmo modo, não há justiça tardia, pois “justiça tardia equivale a uma denegação da justiça”.<sup>272</sup>

Neste sentido, tem-se que o cidadão deve ter direito a um processo que se desenvolva em um tempo razoável, onde não haja “dilações indevidas”.<sup>273</sup> Tal direito, corolário do direito de acesso à justiça, é consagrado, atualmente, pela Constituição Federal em seu art. 5º, LXXVIII.

<sup>269</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 37.

<sup>270</sup> LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. **Revista de processo**. Ano 29, n.116, p. 29-39, jul/ago de 2004, p. 34.

<sup>271</sup> MAGENDIE, Jean-Claude. *Celerité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès*. Paris: La documentation Française, 2004, p. 18.

<sup>272</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 493.

<sup>273</sup> Cruz e Tucci esclarece que dilações indevidas “são os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixados e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”. (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

Do mesmo modo, não há efetividade processual sem que o processo seja tempestivo e justo. Pois, como dito, de nada adiantaria proporcionar à parte um processo que produza decisões justas, mas tardias; nem tampouco uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, mas injusta.<sup>274</sup>

Por fim, a efetividade do processo se aperfeiçoa com a realização dos objetivos almejados. Não haverá um processo efetivo se este, embora acessível e dotado de meios de tutela adequados, não produzir os resultados a que se destina.

O processo é um meio constitucionalmente assegurado para se fazer cumprir e realizar os direitos fundamentais do cidadão;<sup>275</sup> ele se presta, portanto, a dar efetividade aos direitos que precisam ser através dele protegidos.<sup>276</sup>

Deste modo, ao recorrer ao Poder Judiciário o cidadão não busca apenas uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada.

Neste sentido, Machado assevera que “a concretização dos direitos fundamentais só é obtida quando o cidadão, concretamente, alcança o gozo daquilo que a Constituição prescreve. A mera sentença judicial [...] apenas indiretamente contribui para a concretização”.<sup>277</sup>

Não basta, pois, que se afirme o direito na sentença – salvo, é claro, quando este é o objetivo do processo -, é preciso “que a decisão seja executada, que seu conteúdo se realize e que o direito nela afirmado seja aplicado”.<sup>278</sup>

A função jurisdicional somente se completa, portanto, quando a decisão prolatada se torna efetiva, ou seja, quando ela produz os efeitos e as modificações na realidade social a que se propõe.<sup>279</sup>

A simples prolação da sentença pelo juiz não assegura por si a modificação da realidade social; é o efeito da sentença que aperfeiçoa esta modificação e faz o direito valer na situação trazida a juízo.<sup>280</sup>

---

<sup>274</sup> DINAMARCO, op.cit., 2005, p. 133.

<sup>275</sup> ROCHA, Carmen Lucia. *O direito constitucional à jurisdição*, p. 39.

<sup>276</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. **Jus navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 16 jul. 2008, p.1.

<sup>277</sup> MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *Processo de realização dos direitos fundamentais: um caminho teórico para distinguir os fenômenos “efetivação” e “concretização”*. **Revista do mestrado em direito UNIFIEO**. Ano 5, n.5. p. 123-156. Osasco: EDIFIEO, 2005, p. 153.

<sup>278</sup> ROCHA, op.cit., p. 41.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 41.

Deste modo, tem-se que a efetividade do processo é alcançada pela concreta realização do direito postulado pela parte.

### 3.2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS

Feitas estas delimitações acerca da efetividade do processo, constata-se que muitos são os obstáculos enfrentados pelos cidadãos na tentativa de obter a concreta realização de seus direitos por meio do Poder Judiciário.

Para a obtenção de um processo efetivo, apto a cumprir com seus escopos jurídicos, políticos e sociais, de modo a proporcionar a concreta realização dos direitos fundamentais, o cidadão depara-se com questões atinentes ao acesso e ao modo de ser do processo, bem como as relacionadas à decisão proferida.

Ao lado destas questões, outras há relacionadas à efetividade do processo, como por exemplo, saber como os direitos inerentes à cidadania são tratados pelos juristas no decorrer do processo e ainda, saber quais os limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação de tais direitos frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Pois, de nada adiantaria a Constituição estabelecer direitos e garantias ao cidadão, aparelhar o processo com meios aptos a realizá-los, se estes não forem devidamente utilizados pelos juristas de modo a conceder um provimento efetivo.

Neste sentido, destaca-se a importância do papel do jurista na efetivação dos direitos inerentes ao cidadão. Não basta apenas a elaboração de normas visando à concretização desses direitos, é preciso que elas sejam compreendidas e efetivadas à luz da Constituição.

No que concerne à atuação do Poder Judiciário no novo paradigma, tem-se que a Constituição, ao instituir o Estado Democrático de Direito, atribuiu ao Direito um papel transformador, na medida em que o munuiu de mecanismos aptos a transformar a realidade social.<sup>281</sup>

Neste novo modelo, o Direito deixou de ser entendido como um direito determinável, típico do Estado Liberal-absteísta, onde o juiz era tido como mero aplicador do direito, como a “boca da lei”; neste paradigma o juiz passou a exercer uma

---

<sup>281</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 55.

função mais ativa no processo de afirmação da cidadania,<sup>282</sup> passando a ser o juiz “boca da Constituição”.<sup>283</sup>

Neste contexto, o Poder Judiciário passou a anular regras inconstitucionais, dar aplicação a normas infraconstitucionais no caso concreto, de modo a adequar-se aos preceitos estabelecidos na Constituição. Do mesmo modo, passou a suprir omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando da inércia destes Poderes.<sup>284</sup>

No Estado Democrático de Direito houve, pois, um deslocamento “do centro de decisões do Legislativo e do executivo para o plano da justiça constitucional”.<sup>285</sup>

A esse respeito, Clève menciona que na nova ordem constitucional, faz-se necessária uma participação mais ativa do Poder Judiciário para a efetivação progressiva dos direitos fundamentais<sup>286</sup>. Ele defende um Judiciário comprometido com a Constituição, mas consciente de seus limites e das consequências de suas ações.<sup>287</sup>

No mesmo sentido, Streck defende uma postura mais intervencionista por parte do Poder Judiciário neste compasso da história, sem defender uma judicialização da política, ele esclarece mencionando que

Quando falo em “intervencionismo”, refiro-me, sim, a um “intervencionismo substancialista”, destinado a garantir o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Disso é possível afirmar que – no limite, para evitar que o texto constitucional se transforme em algo meramente simbólico -, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.<sup>288</sup>

<sup>282</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

<sup>283</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

<sup>284</sup> ESTEVES, op.cit., p. 76.

<sup>285</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 19.

<sup>286</sup> Alguns autores, assumindo uma postura *procedimentalista*, trazem o entendimento de que ao Judiciário (as Cortes Constitucionais) estariam limitadas apenas em realizar uma compreensão procedimental da Constituição; ou seja, realizar uma compreensão acerca de questões atinentes às normas organizacionais e aos procedimentos dos quais dependem a “eficácia da norma legitimativa do processo democrático”. Neste sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.1, p. 297, 326 e 327.

<sup>287</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. *Desafios da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de junho de 2009.

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Os vinte anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico*. **Revista jurídica do**

Diante disso, dada uma maior participação do Poder Judiciário, na nova ordem constitucional, passou-se a discutir os limites de sua atuação.

A esse respeito, menciona-se a questão da atuação do Poder Judiciário, quando suscitado, diante das omissões do Poder Legislativo.<sup>289</sup>

A omissão do Poder Legislativo se dá quando há o “silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetivação da Constituição”.<sup>290</sup>

Como esclarece Canotilho, não é a omissão do simples dever geral de legislar que fundamenta uma omissão inconstitucional. O que consubstancia a omissão legislativa constitucionalmente relevante é o fato de o legislador não cumprir ou cumprir “incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas”.<sup>291</sup>

Ou seja, não se trata de uma simples omissão de legislar, mas de uma omissão do legislador de editar normas que estava *constitucionalmente* obrigado a fazer por imposição de norma certa e determinada, cuja não edição frustraria o cumprimento da própria Constituição.<sup>292</sup>

Dada esta situação, o Poder Judiciário pode ser chamado a atuar, por intermédio de instrumentos constitucionalmente assegurados, tais como a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CF).<sup>293</sup>

Ao ser chamado a atuar por meio destes instrumentos, o Judiciário não está se substituindo ao Poder Legislativo, visto que “não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão-somente tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto”.<sup>294</sup>

---

**Ministério Público do Mato Grosso.** Cuiabá: Entrelinhas, ano 3, n.4, p. 81-103, jan/jun. 2008, p. 95.

<sup>289</sup> Sobre omissões dos Poderes Públicos ver: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Inconstitucionalidade por omissão: Uma proposta para o constituinte*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 83, p. 49-62, jan/mar. 1986.

<sup>290</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissão legislativa*, p. 79.

<sup>291</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 338.

<sup>292</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118.

<sup>293</sup> “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” (art. 5º, LXXI, CF).

<sup>294</sup> PIOVESAN, op.cit., p. 151.

Ou seja, o juiz, ao assim atuar, não se torna um legislador, ele apenas cumpre sua função constitucional de “esclarecer, integrar, plasmar e transformar” o direito.<sup>295</sup>

Pois, no Estado Democrático de Direito compete ao Judiciário o dever não apenas de fiscalizar o procedimento de feitura da lei, mas ainda, o de verificar se estas estão em conformidade com os valores propugnados pela Constituição.<sup>296</sup>

No que se refere aos limites do Poder Judiciário frente às omissões do Poder Executivo, tem-se que, no Estado Democrático de Direito, que tem por finalidade última assegurar o bem-estar de todos, o cidadão tem o “direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado”. De modo que, caso não haja a sua implementação, tem também o cidadão uma ação judicial que a assegure.<sup>297</sup>

Certo é que esse Poder tem a discricionariedade para aplicar seus recursos conforme as prioridades definidas por seus representantes eleitos, de modo a cumprir programas específicos de governo de acordo com determinado ideário.<sup>298</sup>

No entanto, este Poder, assim como os demais, deve se pautar no sentido de dar máxima efetividade aos preceitos constitucionais, razão pela qual, dada sua inércia, no sentido de dar concretude aos mencionados direitos, poderá o cidadão acionar o Poder judiciário para que este o faça.

Exemplo de tal assertiva encontra-se nos casos em que o Poder judiciário é acionado para compelir o Poder executivo a conceder remédio a pessoas portadoras de doenças.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 74.

<sup>296</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Os vinte anos da Constituição do Brasil...*, p. 93.

<sup>297</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Novas funções judiciais no Estado Moderno*, **Revista dos Tribunais**, n. 614, ano 75, p.14-22, São Paulo, Dez. 1986, p. 16.

<sup>298</sup> FARIA, José Eduardo. *As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. **Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo**; n.38, p. 141-154, São Paulo. Dez. 1992, p. 151.

<sup>299</sup> Neste sentido a Jurisprudência: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO À PESSOA SEM CONDIÇÕES DE ADQUIRIR ÀS PRÓPRIAS EXPENSAS. VIDA E SAÚDE SOB RISCO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO. DEVER DO ESTADO. REQUISIÇÃO MÉDICA JUSTIFICADA QUANTO À NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. NEGATIVA DE FORNECIMENTO QUE SE CONSTITUI EM ATO ILEGAL E ABUSIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NORMAS

Outra modalidade de ação cabível em caso de omissão do Poder executivo é a já mencionada ação de inconstitucionalidade por omissão. Dada a omissão de medidas administrativa, tais como os decretos, regulamentos e decisões administrativas, será possível a propositura da mencionada ação.<sup>300</sup>

Deste modo, tem-se que, como assevera Mello Filho, o Poder Judiciário “ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”.<sup>301</sup>

Outro obstáculo enfrentado pelo cidadão quando da efetivação de seus direitos é o que se refere à atuação dos juristas.

Tal atuação se mostra relevante na medida em que estes, na qualidade de intérpretes, devem dar vida ao texto constitucional, de modo a tornar efetiva a norma nela consubstanciada.

Pois, como assevera Gomes, “o texto em si mesmo, sem interpretação, nada significa. É o intérprete que o torna significante”.<sup>302</sup>

Diante disso, ao interpretar a norma, deve o jurista levar em consideração a *supremacia da Constituição*, bem como os valores nela consubstanciados, de modo a dar primazia aos argumentos que se fundam no respeito aos princípios e regras constitucionais.<sup>303</sup>

Ou seja, ao interpretar um texto normativo, os juristas devem se pautar pelos valores e princípios fundamentais inerentes ao modelo de Estado Democrático de Direito, a fim de que se dê concretude aos direitos por ele proclamados.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição deve ser interpretada, portanto, como “um conjunto de valores, princípios, regras, processos e

---

BUROCRÁTICAS SEM FORÇA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO [...].(TJPr. MS 0451065-8. Relator Rogério Ribas. Julgamento: 19/08/2008).

<sup>300</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle judicial das omissões do Poder Público*, p. 543.

<sup>301</sup> MELLO FILHO, José Celso de. *O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. In: MORAES, Alexandre (coord.). *Os vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 524.

<sup>302</sup> GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 321.

<sup>303</sup> Idem. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 58., p. 58.

procedimentos cujo objetivo maior consiste em salvaguardar a *dignidade da pessoa humana*.” E essa proteção há de realizar-se por meio da concretização dos direitos fundamentais.<sup>304</sup>

Neste processo de interpretação e concretização dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição, participam também não apenas os juristas – entendidos como intérpretes em sentido estrito -, mas ainda, os cidadãos.<sup>305</sup>

Isso se deve ao fato de que a interpretação constitucional no novo paradigma estatal - em que se encontra uma sociedade pluralista - é realizada por todos aqueles que a vivenciam, de modo a propiciar uma maior participação (democratização) no processo interpretativo.<sup>306</sup>

Esse processo se dá na medida em que o cidadão atua dentro de um contexto, pois como assevera Häberle, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma”.<sup>307</sup>

No entanto, vale ressaltar que o cidadão atua como intérprete da Constituição não apenas enquanto vivencia a Constituição em seu plano social, mas ainda, em seu plano jurídico.

Ao atuar em um processo judicial, o cidadão se manifesta como intérprete da Constituição na medida em que dialoga com a outra parte e com o juiz, influenciando-o, em sua cognição.

Por intermédio deste diálogo o cidadão apresenta suas razões, suas compreensões acerca do direito discutido em juízo, de modo a levar elementos aptos à formação da convicção do juiz.

Neste sentido, tem-se que o cidadão, por intermédio dessa participação em contraditório, auxilia o magistrado na sua compreensão e consequente efetivação da norma constitucional.

Embora o cidadão desempenhe um importante papel de intérprete da Constituição dentro do processo, trazendo seus valores e suas convicções, relevante se mostra o papel do juiz tendo-se em vista que é ele a “personalização da

---

<sup>304</sup> GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional...*, p. 436.

<sup>305</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p.15.

interpretação constitucional”<sup>308</sup>, é ele quem dá a última palavra, dando concretude ou não à norma constitucional.

Como menciona Nalini, o juiz é o principal destinatário da Constituição, tendo-se em vista que “é ele o *concretizador das mensagens normativas* do constituinte. Depende do juiz implementar a Constituição ou torná-la mera proclamação retórica, destituída de sentido”.<sup>309</sup>

Deste modo, o juiz, ao interpretar o texto constitucional, deve fazê-lo com o intuito de dar efetividade aos direitos fundamentais, valendo-se, para tanto, dos valores consagrados pela Constituição.

Ou seja, ao interpretar as normas constitucionais, deve o juiz despender “um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum ao Estado Liberal”<sup>310</sup>.

Neste sentido, tem-se que o juiz, no Estado Democrático de Direito, comprometido com os valores da democracia, deve saber atuar não apenas com as regras, mas ainda, com os princípios.<sup>311</sup>

Diante disso, tem-se que a atuação do juiz no processo deve ser dirigida de modo que este seja realmente um instrumento de realização do direito da parte. Este objetivo depende, pois, de como o juiz utiliza os poderes que lhe foram conferidos pelo Estado para desempenho de tal finalidade.<sup>312</sup>

Todavia, embora a Constituição tenha atribuído um importante papel ao Judiciário na defesa dos direitos fundamentais do cidadão, tem-se que ainda há um comprometimento com o modelo de Estado liberal-individualista, apegado a um exacerbado formalismo técnico.

Alguns juristas têm demonstrado um maior apego aos ritos e procedimentos, embasando-se na “segurança do processo”, despendendo maior preocupação com a forma em detrimento da finalidade, da substancialidade do ato.<sup>313</sup>

<sup>308</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>309</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

<sup>310</sup> FARIA, op.cit., p. 150.

<sup>311</sup> GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional...*, p. 363.

<sup>312</sup> GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: forense, 2001, p. 67.

<sup>313</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 34.

A esse respeito Streck exemplifica, mencionando a seara processual civil, que tem buscado uma efetividade quantitativa por meio de várias reformas, o que culminou, por exemplo, na Lei 12.276/06, que deu nova redação ao art. 518, § 1º do CPC que rege que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.<sup>314</sup>

O autor menciona que neste artigo encontra-se presente uma violação aos princípios do devido processo legal e da legalidade. Ademais, menciona que se estabeleceu a súmula como uma premissa maior a ser utilizada na elaboração de subsunções, fazendo-se, deste modo, uma interpretação típica do Estado Liberal.<sup>315</sup>

Por fim, o autor critica o mencionado artigo levantando o paradoxo de que “os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas [...]. ou seja, a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição”.<sup>316</sup>

Do mesmo modo, pode-se observar o apego ao formalismo positivista por parte dos Tribunais. Muitos juízes, formados por um ensino jurídico que valoriza os códigos em detrimento da Constituição, ainda se encontram presos a uma ideologia privatista, típica do Estado Liberal, o que acarreta um tratamento omissivo em relação aos direitos fundamentais.<sup>317</sup>

Exemplo dessa assertiva pode ser observado, pelo tratamento dado, por tanto tempo, ao mandado de injunção, importante instrumento de concretização da cidadania. E ainda, pela baixa utilização, pelos magistrados, de mecanismos como o controle difuso de constitucionalidade.

Dado este formalismo técnico, o direito foi se dissociando de sua função social, deixando, com isso, de representar uma possibilidade de transformação social para se tornar um mero instrumento formal.<sup>318</sup>

No entanto, diante do novo paradigma estatal, o magistrado, enquanto destinatário da norma constitucional, deve atuar de forma mais ativa,

<sup>314</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Os vinte anos da Constituição do Brasil...*, p.98.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p.99.

<sup>317</sup> GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional...*, p. 364.

<sup>318</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Os vinte anos da Constituição do Brasil...*, p. 85.

dando maior atenção aos fins sociais e políticos do processo em detrimento de um formalismo excessivo, a fim de se alcançar a efetividade dos direitos.<sup>319</sup>

Ao se propugnar por uma atuação judicial desapegada ao formalismo, está a se falar de um formalismo *excessivo*, no qual o juiz, apegado à forma, atua em detrimento dos valores consubstanciados pela Constituição.

O formalismo a que se defende é o, assim denominado por Oliveira, de “formalismo-valorativo”.<sup>320</sup>

Ao mencionar acerca do assunto, o autor esclarece que o formalismo é relevante para a concretização de valores tais como a *efetividade* e *segurança* do processo, na medida em que, ao estabelecer uma organização no processo, contribui com a sua eficácia e agilidade, bem como proporciona segurança às partes, atuando, inclusive como garantia de liberdade contra o arbítrio.

<sup>321</sup>

O formalismo tem, portanto, uma finalidade. Como assevera Oliveira, “só é lícito pensar no conceito na medida em que se presta para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão”.<sup>322</sup>

Assim, o juiz, ao interpretar o texto normativo, não deve se pautar por formalismo excessivo, justificado pela segurança do processo, do mesmo modo, não deve atuar de modo a desprezar o formalismo.<sup>323</sup>

O informalismo só é aceitável, quando atendido o escopo jurídico do processo, de realizar o direito material em tempo adequado, não aviltar as garantias fundamentais das partes.<sup>324</sup>

<sup>319</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. **Revista de Processo**, n. 96, ano 24, p. 59-69, out/dez. de 1999, p. 61.

<sup>320</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <http://www6.ufrgs/ppgd/doutrina>. Acesso em 29/04/2011.

<sup>321</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, p. 2-3.

<sup>322</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>323</sup> “O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, p. 1).

<sup>324</sup> Ibidem, p. 12.

Ou seja, ao interpretar, o juiz deve sopesar os valores “efetividade” e “segurança” a fim de que se cumpra os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, concretizando, deste modo, o direito.

Diante do exposto, percebe-se a importância da interpretação da Constituição pelos juristas diante do novo paradigma estatal. Não se terá uma efetividade dos direitos e valores consagrados constitucionalmente se estes não forem devidamente compreendidos pelos seus intérpretes.

Como bem coloca Streck, “‘uma baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’”.<sup>325</sup>

### 3.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS INERENTES À CIDADANIA

Dado o relevante papel do intérprete da Constituição, na concretização dos direitos inerentes à cidadania, tem se observado nos últimos anos uma crescente mudança de postura por parte dos juristas.

Os juízes tem se posicionado de uma forma mais ativa no decorrer do processo, não se preocupando apenas em fazer cumprir a lei de maneira formal, mas ainda, dando maior preponderância a princípios constitucionais tais como a dignidade da pessoa humana.<sup>326</sup>

Neste sentido, pode-se observar, por exemplo, a atuação do Supremo Tribunal Federal na questão do uso de algemas. Ao anular uma sentença, na qual o acusado permaneceu desnecessariamente algemado durante o julgamento do Tribunal do Júri, o Supremo entendeu que tal atitude feria o princípio da não-culpabilidade e a dignidade da pessoa humana.<sup>327</sup> Desse julgado resultou a Súmula vinculante número 11.<sup>328</sup>

<sup>325</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Os vinte anos da Constituição do Brasil...*, p.91.

<sup>326</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein*, Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivo/anais/campos/claudio\\_ladeira\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivo/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf). Acesso em: 20/02/2012, p.1387.

<sup>327</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/artigo/barroso\\_para\\_selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/artigo/barroso_para_selecao.pdf). Acesso em: 16/02/2012, p.26.

<sup>328</sup> "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou

Ao assim se manifestar, o Supremo Tribunal, valendo-se de princípios, deu plena efetividade a Constituição, preservando a honra do acusado.

Dada esta mudança de mentalidade por parte dos intérpretes da Constituição acerca da efetividade dos direitos inerentes à cidadania, passou-se a dar maior atenção ao disposto no art. 5º, §1º da Constituição Federal.

Este artigo estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se, pois, de um “reforço da eficácia vinculante inerente aos preceitos constitucionais em geral”.<sup>329</sup>

Ao mencionar acerca deste dispositivo Sarlet esclarece que a exegese do art. 5º, § 1º da Constituição “é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.<sup>330</sup>

Diante disso, tem-se que ao mencionar acerca dos “direitos e garantias fundamentais”, está o parágrafo se referindo não apenas aos direitos consubstanciados no artigo 5º da Constituição, mas a todos os direitos fundamentais constantes do Título II (art. 5º a 17), bem como de outros direitos fundamentais encontrados na Constituição e em Tratados internacionais, por força do art. 5º, § 2º da Constituição.<sup>331</sup>

Ou seja, ao se interpretar o mencionado artigo, deve o intérprete compreendê-lo de forma extensiva, de modo a abarcar todos os direitos fundamentais, atuando, desta forma, em consonância com os valores propugnados pela Constituição.

No que se refere à aplicabilidade imediata (direta) dos direitos civis e políticos não há grandes problemas, tendo-se em vista se tratarem de direitos preponderantemente negativos, ou seja, direitos que reclamam uma abstenção por parte do Estado.

---

da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>329</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., p. 369.

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 311.

Essas categorias de direitos fundamentais, em regra, não necessitam de intervenção legislativa para sua imediata aplicação, eles possuem normatividade suficiente para sua plena aplicação.<sup>332</sup>

Do mesmo modo, as liberdades sociais, categoria de direitos sociais que demandam uma abstenção por parte do Estado, e não dependem, em regra, de alocações de recursos e de concretização legislativa.<sup>333</sup>

Esses direitos se aplicam, pois, imediatamente sem qualquer intermediação concretizadora, sendo assegurados “a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo”.<sup>334</sup>

O problema toma relevo quando se trata de direitos sociais de cunho prestacional, que demandam uma prestação positiva por parte do Estado, consistente, em regra, em uma prestação fática ou normativa.<sup>335</sup>

Esses direitos não são “direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado”, que exigem, para sua concretização, certas prestações materiais por parte do Poder Público. Estas prestações realizam-se por meio da implementação e execução das chamadas políticas públicas sociais tais como as de saúde, educação etc.<sup>336</sup>

Para que se tornem efetivos, esses direitos necessitam, muitas vezes, de uma atuação legislativa posterior, no sentido de disponibilizar meios e implantar as políticas públicas que os concretizem.

No entanto, com isso não se está a afirmar que tais direitos não possuem eficácia ou que só a possuem quando do surgimento da lei.

Por serem direitos fundamentais, se sujeitam também ao princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º CF), ainda que de forma diferenciada, podendo ser invocados “ainda que haja falta ou insuficiência da lei”.<sup>337</sup>

Como bem coloca Sarlet, “a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos

---

<sup>332</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 274.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>336</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002, p. 19-20.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 38.

fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeito jurídico, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis [...]”.<sup>338</sup>

Dentre os efeitos gerados por esta norma – assim como pelas demais normas de direitos fundamentais – pode-se mencionar a sua força normativa, no sentido de revogar normas contrárias ao seu conteúdo e, ainda, impedir que atos normativos contrários sejam editados após a sua vigência. Estas normas impõem, pois, um limite negativo, na medida em que invalidam os atos normativos que com ela forem incompatíveis.<sup>339</sup>

No mesmo sentido, geram direitos subjetivos negativos, na medida em que possibilitam ao indivíduo exigir que o Estado se abstenha de agir de modo contrário a eles.<sup>340</sup>

Outro efeito desta norma está relacionado à vinculação dos Poderes Públicos.<sup>341</sup> Essa norma corporifica a ideia, já mencionada, de que o Poder Público deve tomar os direitos fundamentais como referência, proporcionando-lhes maior efetividade possível.<sup>342</sup>

No que se refere à vinculação legislativa, esta se manifesta no sentido em que obriga o mencionado Poder a legislar em consonância com seus parâmetros, obrigando-o a concretizar os programas definidos pela Constituição.

As normas constitucionais de caráter programáticos sobre direitos sociais não são mera sugestões, são normas definidoras de metas e finalidades, “as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização”.<sup>343</sup>

Do mesmo modo, vinculam os Poderes Executivo e Judiciário. Vinculam os órgãos da administração pública na medida em que atuam no interesse público, obrigando-os a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes contidas nas normas constitucionais prestacionais.<sup>344</sup>

<sup>338</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 280, 281.

<sup>339</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 188.

<sup>340</sup> SARLET, op.cit., 2010, p. 297.

<sup>341</sup> Neste sentido José Afonso da Silva: “[...] todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, [...]”. (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 160).

<sup>342</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, tomo IV, 2000, p. 315.

<sup>343</sup> KRELL, op.cit., p. 20.

<sup>344</sup> SARLET, op.cit., 2010, p. 369, 372.

Quanto ao Poder Judiciário, este se vincula na medida em que fica obrigado a não aplicar normas contrárias aos preceitos; do mesmo modo, têm os juízes e tribunais o dever de interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, colmatando eventuais lacunas à luz da Constituição.<sup>345</sup>

Diante disso, Krell sintetiza mencionando que o art. 5º, §1º, “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais e criar as condições materiais para sua realização”.<sup>346</sup>

A realização destes direitos prestacionais, por meio da atuação dos poderes públicos legitima importantes transformações sociais,<sup>347</sup> garantindo a existência com dignidade.

Assim, temos que os direitos fundamentais sociais possuem, assim como os demais direitos fundamentais, aplicabilidade imediata, devendo o Poder Público criar condições objetiva capazes de permitir aos cidadãos usufruírem seus direitos.<sup>348</sup>

Do mesmo modo, compete ao juiz, enquanto intérprete da Constituição, interpretar tais normas de natureza prestacional à luz dos preceitos da Justiça social.<sup>349</sup>

### 3.3.1 A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Ao tratar da questão da efetividade dos direitos sociais por meio de um processo, surge outra questão a ser mencionada: a denominada “reserva do possível”.

A cláusula da reserva do possível é o argumento utilizado “pelo Poder Público nas ações em que seja demandado a fornecer determinada prestação material, objeto de direito fundamental”.<sup>350</sup>

---

<sup>345</sup> Ibidem, p. 273.

<sup>346</sup> KRELL, op.cit., p. 38.

<sup>347</sup> PIOVESAN, Flavia. *Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. N. 37, p. 63-74, jun. 92, p. 71.

<sup>348</sup> MIRANDA, op.cit., p. 315.

<sup>349</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. **Revista de direito público**. N. 57-58, p. 233-256, 1981, p.255.

<sup>350</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Monografia (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 9.

Segundo esta cláusula, por serem os direitos sociais de dimensão positiva, que como tal demandam prestações efetivas por parte do Poder Público, encontram sua efetividade atrelada à disponibilidade de recursos econômicos.

Canotilho coloca que o nível de realização de tais direitos estaria sempre condicionado pelo volume de recursos suscetíveis de ser mobilizado para esse efeito.<sup>351</sup>

Contudo, tem-se que ter em mente que não apenas os direitos sociais prestacionais possuem dimensão positiva, mas todos os direitos fundamentais o possuem, na medida em que exigem um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público para sua proteção e implementação.<sup>352</sup>

No entanto, a questão da escassez de recursos assume relevo no que se refere à efetividade dos direitos sociais, sendo colocado como verdadeiro óbice ao seu cumprimento, sobretudo quando é colocado em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas.<sup>353</sup>

A responsabilidade quanto ao planejamento e realização das políticas públicas cabe, precipuamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que a eles compete a escolha das políticas públicas relevantes a serem implementadas por meio de limitados recursos orçamentários.<sup>354</sup>

Caso o processo político (Legislativo e Executivo) falhe ou se omita acerca da implementação de tais políticas, competirá ao “Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos”.<sup>355</sup>

Tal assertiva decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pela qual vincula não apenas os Poderes Públicos no sentido de dar máxima efetividade possível aos direitos fundamentais, mas ainda, vincula o

---

<sup>351</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 479.

<sup>352</sup> SARLET, op.cit., 2010, p. 285.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 285.

<sup>354</sup> O Brasil tem investido nos últimos anos cerca de 8% do PIB em saúde, o que tem sido claramente insuficiente para garantir a todos os cidadãos acesso a todos recursos médicos (SEGATTO, Cristiane. *A lei garante, a realidade nega*. **Revista Época**, n. 574, 18 de maio de 2009, p. 50).

<sup>355</sup> KRELL, op.cit., p. 101.

Judiciário que deve atuar embasado por uma hermenêutica que seja voltada ao respeito e em conformidade com os direitos fundamentais.<sup>356</sup>

Entretanto, alguns autores, entre eles Amaral, argumentam que o Poder Judiciário não está legitimado pelo voto a decidir acerca de medidas políticas sociais que exigem gastos orçamentários.<sup>357</sup>

O mencionado autor coloca que o “Estado teria que demonstrar judicialmente, que tem motivos fáticos para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas”, cabendo ao Judiciário “apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha”.<sup>358</sup>

Krell contesta esta ideia mencionando que sem “conferir um caráter messiânico ao texto constitucional”, deve-se levá-lo a sério, e diante da indagação formulada por Amaral, quando propõe o confronto de escolha entre tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável,<sup>359</sup> menciona:

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, sua integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? Etc”<sup>360</sup>

Reconhecendo-se, contudo, ser a escassez de recursos um limite fático à concretização de todos os direitos prestacionais de modo completo, temos que o Poder Público não pode se omitir de prestar um *mínimo existencial* a todos os cidadãos, a fim de garantir-lhes condições de dignidade.

Como bem se manifestou Mello,

<sup>356</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. **Revista de direito constitucional e internacional**, ano 14, n. 54, p. 28-39, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2006, p. 33.

<sup>357</sup> AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>359</sup> AMARAL, op.cit., p. 114.

<sup>360</sup> KRELL, op.cit., p. 53.

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>361</sup>

Por mínimo existencial pode-se entender o “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.<sup>362</sup>

O mínimo existencial mostra-se, assim, de vital importância tendo em vista que é a partir dele que o cidadão possui igualdade de oportunidade para desenvolver o seu potencial.<sup>363</sup>

Sendo o conceito oriundo da doutrina alemã, Krell esclarece que “a corte constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo existencial’ do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante a interpretação sistemática junto ao Princípio do Estado Social”.<sup>364</sup>

Marcado por uma subjetividade, o mínimo existencial não possui um conteúdo específico, ele varia de um lugar para outro.

Neste sentido, Alexy traz o entendimento de que o Estado deve assegurar condições vitais mínimas para uma existência humana digna.<sup>365 366</sup>

Dentro deste mínimo, encontram-se um mínimo vital a uma vida simples, à educação, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica.<sup>367</sup>

<sup>361</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão publicada em 4/05/2004.

<sup>362</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266.

<sup>363</sup> SOUZA, Luciane Moessa. *Reserva do possível X mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.conpedi.org/manaus/.../bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza2.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/.../bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf). Acesso em: 06/07/2009.

<sup>364</sup> KRELL, op.cit., p. 61.

<sup>365</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 422.

<sup>366</sup> “O princípio fundamental do qual se extrai a ideia do mínimo existencial é o da dignidade da pessoa humana. A norma *prima facie* que decorre desse princípio, tomada em toda sua amplitude, tornaria obrigatórias e sindicáveis pelo Poder Judiciário quaisquer medidas que de alguma forma realizassem tal objetivo”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação o direitos humanos*. 2 ed. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife, 2007, p. 129.

Esse mínimo, segundo o autor, seria obtido por meio de ponderação, que debaixo de circunstâncias diversas, poderiam conduzir a diferentes direitos.<sup>368</sup>

Entendido como um modelo progressista, o modelo de ponderação de Alexy permite diferentes graus de determinação e efetividade dos direitos que variam de um conteúdo mínimo (mínimo existencial) a um conteúdo social máximo (de realização plena dos direitos fundamentais).<sup>369 370</sup>

A esse respeito, Torres pondera mencionando que “os direitos sociais da cidadania que sobreexcedem os mínimos sociais devem se maximizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas”.<sup>371</sup>

Além desses posicionamentos para a definição do patamar mínimo a ser concedido pelo Estado, em superação do limite imposto pela reserva do possível, outros se apresentam, a exemplo de Sarlet.

Embora reconheça os limites fáticos (reserva do possível) e jurídico (a reserva legislativa em matéria orçamentária), envolvendo a questão da eficácia e efetividade dos direitos sociais, o autor sustenta que em casos em que há um comprometimento irreversível de valores maiores como a vida e a dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecido o direito subjetivo da parte à prestação reclamada em juízo.<sup>372</sup>

Segundo o autor,

---

<sup>367</sup> ALEXY, op.cit., p. 495.

<sup>368</sup> Ibidem, p. 496.

<sup>369</sup> Ibidem, p. 485.

<sup>370</sup> A progressividade dos direitos é sustentada pelo Artigo 26 do Decreto 678/92 (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário: “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

<sup>371</sup> TORRES, op.cit, p. 284.

<sup>372</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ- Centro de atualizações jurídicas, n. 10, janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 02 de junho de 2009, p. 13.

Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes [...], razão pela qual não se pode sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.<sup>373</sup>

Assim, tem-se que a reserva do possível se apresenta como um limite fático e jurídico à concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Do mesmo modo, atua como garantia, na medida em que – observados os critérios de proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial – “indisponibiliza recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outros direitos fundamentais”.<sup>374</sup>

### 3.3.2 Posicionamento Jurisprudencial

Por fim, para melhor compreensão acerca do tema faz-se necessária uma breve análise do comportamento do Poder Judiciário, quando provocado a agir na concretização dos direitos fundamentais sociais, no que se refere ao provimento concedido.

A Jurisprudência aqui referida esboça o comportamento dos Tribunais, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos últimos quatro anos, no que se refere aos direitos sociais.

Dada a reiteração dos posicionamentos, selecionou-se aqueles mais expressivos acerca da matéria.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. PENICILAMINA PARA TRATAMENTO DE CISTINÚRIA. PRELIMINAR QUANTO A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. DESNECESSIDADE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA DISPOSTA NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INADMISSIBILIDADE - CUSTAS PROCESSUAIS DEVIDAS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA DO ESTADO. DECISÃO

<sup>373</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>374</sup> SARLET, op.cit., 2010, p. 288.

MANTIDA. APELO DESPROVIDO.(TJPr. Apl Cv. 0445450-0. Relator. Abraham Lincoln Calixto. Julgamento:26/08/2008).

O art. 196 da Carta Magna consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade, menor sofrimento e melhor qualidade de vida.<sup>375</sup>

“À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da república, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde”.<sup>376</sup>

“Comprovada a necessidade ao recebimento do medicamento, sob pena de colocar em risco a vida do impetrante, consubstanciada em relatórios firmados por médicos especialistas, o Estado tem o dever de fornecê-lo”.<sup>377</sup>

Neste sentido julgou-se que “é dever do Estado do Paraná velar pelo atendimento do direito à saúde daqueles que sem condições financeiras, necessitam do fornecimento de medicamento, de forma a assegurar o direito fundamental à saúde e a própria vida”.<sup>378</sup>

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO À PESSOA SEM CONDIÇÕES DE ADQUIRIR ÀS PRÓPRIAS EXPENSAS. VIDA E SAÚDE SOB RISCO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO. DEVER DO ESTADO. REQUISIÇÃO MÉDICA JUSTIFICADA QUANTO À NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. NEGATIVA DE FORNECIMENTO QUE SE CONSTITUI EM ATO ILEGAL E ABUSIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NORMAS BUROCRÁTICAS SEM FORÇA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO. INÚMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJPr. MS 0451065-8. Relator: Rogério Ribas. Julgamento:19/08/2008).

No entanto, embora os Tribunais venham reconhecendo aos portadores de doenças graves, sem disponibilidade financeira para custear o

<sup>375</sup> TJPr. Ap. Cv. 0540443-7. Relator: Luiz Mateus de Lima. Julgamento: 02/06/2009.

<sup>376</sup> TJPr. MS 0455935-1. Relator: Rogério Ribas. Julgamento: 06/05/2008.

<sup>377</sup> TJPr Apl. Cv 0410171-5. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Julgamento: 28/04/2009.

<sup>378</sup> TJPr. Apl Cv. 0445450-0. Relator. Abraham Lincoln Calixto. Julgamento:26/08/2008

tratamento o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos necessários para debelá-la, garantindo-se, deste modo, uma vida digna, tem sustentado o STJ que tal direito não será concedido àquele que não comprovar a impossibilidade de arcar com o custo.

Assim se manifestou o Relator Min. Luiz Fux no Recurso Especial Nº 944.105 – RJ, cuja ação objetivava a condenação do ente público ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de *asma Brônquica severa*:

*3. Assentando o Tribunal a quo concluído que a experiência nos leva a concluir que quem ganha R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) por mês, não utiliza o telefone de forma a ter uma conta mensal de R\$ 109,11 (cento e nove reais e onze centavos). Partindo dopressuposto de que a declaração de fls. 17 é verdadeira, resta a conclusão de que o autor tem outras fontes de renda, que não ficaram esclarecidas nos autos, para que possa ser avaliada a questão da impossibilidade do autor arcar com os custos dos medicamentos [...]. Nenhuma prova foi feita de que o autor não tem condições de comprar o medicamento receitado. [...] Entendo incomprovados, portanto, os fatos narrados na inicial constitutivos do direito do autor (fls. 107), afastar tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido.*<sup>379</sup>

Do mesmo modo, tem-se que, embora a Corte venha reconhecendo “aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade”, agindo deste modo, em consonância com os preceitos constitucionais, ela tem se posicionado no sentido de que tal direito não abrange a possibilidade de o cidadão-paciente escolher o medicamento que melhor lhe aprouver.

Nesta linha, manifestou-se a Relatora Min. Eliana Calmon, no Recurso ordinário em Mandado de segurança n. 2008/0264294-1:

*4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adeque ao seu tratamento. 5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. 6. Recurso ordinário improvido.*<sup>380</sup>

<sup>379</sup> STJ RESP Nº 944.105 – RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 26/08/2008. DJ: 11/09/2008.

<sup>380</sup> STJ Processo RMS 28338 / MG. Recurso Ordinário em mandado de segurança 2008/0264294-1. Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) . Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 02/06/2009. Data da Publicação/Fonte DJe 17/06/2009.

Diante da alegação de que determinado remédio não consta do rol de medicamentos previstos na Portaria do ministério da Saúde, o Tribunal tem se manifestado no sentido de que

O direito à saúde, de aplicação imediata e eficácia plena, deve ser implementado pelo Estado (União, Estados e Municípios), razão pela qual é cabível a concessão de medicamentos não previstos na Portaria do Ministério da Saúde, desde que comprovada a doença e a necessidade de tratamento específico, mediante atestado subscrito por profissional médico na área.<sup>381</sup>

A previsão em Portaria “representa mera formalidade que não tem o condão de obstaculizar a efetiva garantia, pelo Estado, do direito à saúde e à vida do indivíduo”.<sup>382</sup>

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PACIENTE PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA DE PRÓSTATA. PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO COM A UNIÃO E INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, AFASTADAS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CENTRO DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA (CACON). IRRELEVÂNCIA. MEDICAÇÃO NÃO CONSTANTE DO ROL DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS. DESNECESSIDADE. DEVER DO ESTADO EM FORNECER A MEDICAÇÃO PRETENDIDA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (TJ/Pr. Ap. civil. 0540443-7. Relator: Luiz Mateus de Lima. Julgamento: 02/06/2009).

De acordo com o artigo 198 da Constituição Federal “os entes federativos são *responsáveis solidariamente* pelo atendimento à saúde da população, razão pela qual nenhum deles poderá invocar qualquer óbice com objetivo de abster-se do cumprimento deste preceito constitucional”.<sup>383</sup>

<sup>381</sup> TJPR Apl.cv. 0470560-0. Relator: Leonel Cunha. Julgamento: 12/08/08.

<sup>382</sup> TJPr Apl Cv. 0470916-2. Relator: Josély Dittrich Ribas. Julgamento: 17/06/2008.

<sup>383</sup> TJPr. Agln. 0474605-0. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Julgamento: 24/03/09.

Sendo a “saúde um direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos, qualquer um deles pode ser incitado a promover as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente, sem que seja necessário o chamamento dos demais ao processo, uma vez que a saúde é obrigação de todos os entes federados (art. 23, inciso II, da Constituição Federal)”.<sup>384</sup> Inexistindo entre eles, portanto, litisconsórcio passivo necessário.

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PACIENTE PORTADOR DE HIPERTENSÃO PULMONAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PARA A COMPROVAÇÃO É SUFICIENTE RECEITA MÉDICA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CIDADÃO COMPROVADA. DEVER DO ESTADO. OBRIGAÇÃO DA PESSOA DE DIREITO PÚBLICO DE OFERECER E GARANTIR O PLENO ACESSO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DE SEPARAÇÃO DOS PODERES, RESERVA DO POSSÍVEL E LEGALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJPr. MS 7436820 PR 0743682-0. 4ª Câmara Cível Rel. Fabio Andre Santos Muniz. Julgamento:01/03/2011).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no Ag 961.677/SC - 2ª Turma - Rel. Ministra Eliana Calmon - Julg.: 20/05/2008 - Publ.: DJe 11/06/2008).

No que se refere à *disponibilidade de recursos* para o custeio de medicamentos, o Tribunal tem entendido que o alto custo dos medicamentos “não pode servir de óbice ao pleno exercício do direito à saúde pelo paciente”, entendendo que esta é uma controvérsia a ser dirimida tão-somente entre os entes da federação envolvidos.<sup>385</sup>

Embora reconheça que o dinheiro público é limitado e deve ser gasto de forma adequada e racionalizada, reconhece-se também “que a razão de

<sup>384</sup> TJPr AgIn. 0589657-9. Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima. Julgamento: 12/06/2009.

<sup>380</sup> TJPR. Apl. Cv. 0470560-0. Relator. Leonel Cunha. Julgamento: 12/08/2008.

ser do Estado é atender os direitos fundamentais do homem, de forma a resguardar-lhe um mínimo de dignidade”.<sup>386</sup>

Deste modo, é irrelevante à implementação do direito fundamental à vida e à saúde “a alegação de que o agir da Administração Pública está vinculado à reserva do possível e à prévia previsão orçamentária, porque os direitos fundamentais são de aplicação imediata e o Poder Público possui mecanismos para contornar eventuais restrições orçamentárias em casos de justificada urgência”.<sup>387</sup>

Não se pode, portanto, no entendimento do Tribunal, admitir que

Fatores como a ausência de previsão orçamentária e a suposta ofensa ao princípio da reserva do possível sirvam como argumento para o administrador se furtar à realização dos direitos constitucionalmente garantidos, máxime nas hipóteses em que há um bem maior em foco, a exemplo da preservação da vida humana.<sup>388</sup>

Deve-se atentar ao princípio da proporcionalidade, buscando em cada caso concreto uma solução que não resulte na supressão de um direito fundamental, mas que também não inviabiliza o sistema de prestação de serviços do Estado. Assim, se o mínimo existencial está atrelado ao fornecimento de medicamento indispensável à saúde de um cidadão, impõe-se o dever do Estado em fornecê-lo, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>389</sup>

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA SEU DEFERIMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DO MEDICAMENTO CYMBOLTA 60 MG PARA TRATAMENTO DE DEPRESSÃO GRAVE E TRANSTORNO DO PÂNICO. DIREITO À SAÚDE. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPr. AgIn. 0474605-0. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Julgamento: 24/03/2009).

Dada esta questão, o Tribunal tem ponderado os casos de concessão, fornecendo medicamentos gratuitos apenas aos casos em que sejam indispensáveis à saúde e à manutenção da vida do paciente.

Neste sentido:

<sup>386</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mans. Seg. 0488660-0. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Julgamento: 17/03/2009.

<sup>387</sup> TJPR. Apl. Cv. 0470560-0. Relator: Leonel Cunha. Julgamento: 12/08/2008.

<sup>388</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apl. Cv. 0470916-2. Relator: Josély Dittrich Ribas Julgamento: 17/06/2008.

<sup>389</sup> TJPr Apl. Cv 0410171-5. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Julgamento: 28/04/2009.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUBSTITUIÇÃO A CIDADÃO. PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO "CAVERJECT 10 MG" PARA DISFUNÇÃO ERÉTIL OU IMPOTÊNCIA SEXUAL. AUSÊNCIA DE RISCO SÉRIO À VIDA OU SAÚDE DO PACIENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. AFERIÇÃO DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ADEMAIS, MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO, QUE PODE SER ADQUIRIDO PELO PRÓPRIO PACIENTE SEM MAIOR SACRIFÍCIO. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. (TJPR: 838145-1 (Acórdão). Relator: Rogério Ribas. Julgamento: 31/01/2012. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível).

No que se refere à educação, tem-se decidido que:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGADA MATRÍCULA DE ALUNA COM SEIS ANOS DE IDADE NA 2ª SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL. CONCLUSÃO DO ENSINO INFANTIL E ATESTADA, POR PEDAGOGA, A APTIDÃO DA CRIANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO CONSAGRADO NA CARTA MAGNA. CONCESSÃO DA ORDEM. SENTENÇA MANTIDA. (Ac. 16154, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Arenhart)

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO CONCESSIVA COMBATENDO ATO DA DIRETORA DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO - RECUSA DA MATRÍCULA DO IMPETRANTE NA 1ª SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL, POR NÃO TER A IDADE MÍNIMA DE 06 (SEIS) ANOS - DELIBERAÇÃO N.º 005/98, DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO PARANÁ (CEE) - DIREITO À EDUCAÇÃO - ALUNO APROVADO NA PRÉ-ESCOLA - DECLARAÇÃO DE APTIDÃO DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO DE ENSINO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - SENTENÇA SINGULAR CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. Se o aluno, apesar de não possuir o requisito etário, estabelecido pela Deliberação n.º 005/98, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, possuir aptidão para cursar a 1ª Série do Ensino Fundamental, inclusive, reconhecida pela própria instituição de ensino em que concluiu a Pré-escola, tem direito líquido e certo à pretendida matrícula no ensino fundamental. (Ac. 15332 - 6ª Câmara Cível - Relator Des. Milani de Moura).

Se o Estado, por qualquer motivo, deixar de entregar as prestações positivas, permitindo que pereçam os direitos fundamentais do cidadão, tornar-se-á civilmente responsável pelos prejuízos causados.<sup>390</sup>

<sup>390</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Ob cit., p. 266.

DENGUE HEMORRAGICA. MORTE DE FILHO MENOR. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. PODER PUBLICO ESTADUAL E MUNICIPAL. OMISSAO NO COMBATE A DOENÇA. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÓBITO DE MENOR PROVOCADA POR DENGUE HEMORRÁGICA. EPIDEMIA AMPLAMENTE DIVULGADA NO ANO DE 2002. OMISSÃO GENÉRICA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DE CULPA. OMISSÃO NO COMBATE À DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE FOCO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA, MAS LOCALIZAÇÃO DE DIVERSOS NA VIZINHANÇA. AUSÊNCIA DO PODER PÚBLICO. DEFESA BASEADA EM PROGRAMAS E DEMONSTRATIVOS DE EXERCÍCIOS POSTERIORES. PREJUÍZOS E NEXO DE CAUSALIDADE PRESENTES NO CASO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MORAIS COM R\$30.000,00 (TRINTA MIL REAIS). REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, INVERTENDO-SE O ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apel. 2008.001.03302. DES. RAUL CELSO LINS E SILVA - Julgamento: 19/03/2008.

## CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho buscou-se fazer uma análise da atuação do Poder Judiciário frente à efetivação dos direitos inerentes à cidadania.

A cidadania que durante muito tempo foi entendida como sinônima de nacionalidade e direitos políticos, é hoje entendida de uma maneira muito mais ampla.

Por cidadania pode-se entender o exercício dos direitos civis, políticos, sociais e coletivos, bem como dos deveres a eles inerentes, a serem exercidos por meio de uma participação direta do indivíduo em sociedade.

Esses direitos, que foram gradativamente conquistados tem, hoje, a natureza de direitos fundamentais, sendo amplamente protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Embora a Constituição tenha atribuído uma gama de direitos aos cidadãos com vistas a construir uma sociedade justa, livre e solidária, de modo a proporcionar ao cidadão uma vida digna, tais direitos não se efetivam em sua plenitude.

Isso se deve, entre tantos fatores, à falta de conhecimento acerca dos direitos e à falta de atuação estatal.

No que se referem à falta de conhecimento acerca dos direitos por parte do cidadão, tem-se que aquele que não conhece seus direitos não os reivindica. E, ainda, muitos daqueles que os conhecem não os exercitam, entendendo ser uma afronta contra quem se exerce o direito.

Neste contexto, se destaca o papel da educação, importante alicerce da cidadania na medida em que conscientiza o cidadão acerca de seus direitos e induz o respeito aos direitos alheios.

Acerca da falta de atuação estatal tem-se que, no Estado Democrático de Direito, compete aos Poderes Públicos o dever de proporcionar aos cidadãos uma igualdade substancial, a fim de que cada um possa viver com dignidade e progredir por seu esforço próprio.

No entanto, os programas estabelecidos pela Constituição com vistas a proporcionar esses direitos básicos aos cidadãos não têm sido cumpridos em sua plenitude pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Diante disso, o Poder Judiciário tem assumido, além de sua função de solucionar conflitos, o encargo de promover e realizar os mencionados direitos, nos termos estabelecidos pela Constituição.

Ao assim proceder, o Poder Judiciário não se sobrepõe aos outros Poderes; não há uma supremacia do Judiciário em relação aos demais Poderes.

O que ocorre é que, no Estado Democrático de Direito, compete a todos os Poderes o dever de dar máxima efetividade aos direitos fundamentais do cidadão.

Na omissão dos Poderes executivo e legislativo, o Judiciário está autorizado a atuar, nos limites impostos pela Constituição, no sentido de dar máxima efetividade aos citados direitos.

Diante disso, encontrando-se cerceado de exercer seus direitos, seja pela atuação do Estado, seja pela de terceiros, o cidadão pode recorrer ao Poder Judiciário, por meio de seu direito de acesso à justiça, afim de ver efetivado seu direito.

Esse acesso se dá por meio de um processo judicial, que para alcançar sua finalidade, deve ser efetivo, ou seja, deve proporcionar à parte um acesso igualitário a meios de tutelas capazes de produzir um provimento de modo célere, justo e tempestivo, concretizando o direito.

Ao lado das questões atinentes ao acesso e ao modo de ser do processo, depara-se o cidadão com questões relacionadas à atuação dos juristas no decorrer do processo.

Pois de nada adianta a Constituição estabelecer direitos e garantias ao cidadão e aparelhar o processo com meios aptos a realizá-los, se estes não forem devidamente utilizados pelos juristas.

Neste sentido, destaca-se o papel do intérprete. O intérprete da Constituição é todo aquele que a vivencia. Contudo, no decorrer do processo, destaca-se o papel do juiz.

É ele o principal destinatário da Constituição, tendo-se em vista que depende principalmente dele dar efetividade à Constituição ou tornar a Carta destituída de sentido.

Deste modo, ao interpretar o texto constitucional, deve o juiz fazê-lo com o intuito de dar máxima efetividade aos direitos fundamentais inerentes ao

cidadão, valendo-se, para tanto, dos valores consubstanciados no texto da Lei Maior.

Diante disso, é possível ao Judiciário, quando demandado a atuar diante da omissão do Poder Legislativo, criar norma individual no caso concreto, de modo a tornar viável o exercício do direito ou prerrogativa constitucional que, até então, se encontrava obstaculizada pela omissão legislativa.

Do mesmo modo, é possível a promoção e realização de direitos prestacionais básicos, quando sonegados pelo Estado por meio do Poder executivo.

O Poder Executivo tem se omitido na sua função de prestar tais direitos ao cidadão sob o argumento de que não há recursos financeiros suficientes para realizá-los, argumento este denominado pela doutrina e pela jurisprudência de reserva do possível.

Contudo, embora se reconheça a escassez de recursos financeiros como um limite fático, tem-se que tal alegação não prevalece diante da primazia de mencionados direitos.

A reserva do possível deve ser analisada sob a ótica da dignidade da pessoa humana, não podendo os Poderes Públicos, sob tal alegação, deixar de fornecer direitos básicos ao cidadão, sob pena de comprometer a própria vida do indivíduo.

Com isso tem-se que, muitos são os problemas enfrentados pelo cidadão na concretização de seus direitos por meio do processo, tais como os relacionados ao acesso e modo de ser do processo, questões atinentes à falta de recursos públicos, aos limites de atuação do Poder judiciário e à própria incompreensão dos valores consubstanciados pela Constituição, pelos próprios juristas.

De todo modo, a Constituição deve ser cumprida, cabendo aos Poderes públicos o dever de dar máxima concretização aos direitos fundamentais do cidadão, concedendo-lhes as condições necessárias a uma vida digna.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. *Educação, cidadania e acesso à justiça*. *Revista mestrado em Osasco*, Osasco. ano 6, n. 2, p. 97-106, 2006.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre Poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação o direitos humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRETO, Vicente. *O conceito moderno de cidadania*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 192, p.29-37, abr/jun 1993.

\_\_\_\_\_. *Cidadania e Justiça Social*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25994/25557>>. Acesso em 07/04/2009.

BARROSO, Luis Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n.197, p. 30-60, jul/set. 1994.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/artigo/barroso\\_para\\_selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/artigo/barroso_para_selecao.pdf). Acesso em: 16/02/2012.

BARUFFI, Helder. *A educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado*. In FACHIN, Zulmar (coord.) *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, Celso. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. RePro 23/39. São Paulo: RT, jul/set. 1981.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELINETTI, Luiz Fernando. *Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos*. *Revista de Processo* n. 98, ano 25, p. 125-132, Abr/jun. 2000.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3 ed. São Paulo: Ática, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: Filosofia e metodologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

CALGARO, Gerson Amauri. *Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista*. *Revista mestrado em direito*. Osasco: UNIFIEO, ano 8, n. 1, p. 167-190, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, reimpressão, 1999.

CARDOSO, Ciro Flamarion. *A cidade-estado antiga*. São Paulo: Ática, 1993.

CARVALHO, A. Dardeau. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: O constructivismo lógico-semântico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Paloma, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002, v.1.

CICCO, Cláudio de. *Kant e o Estado de Direito: O problema do fundamento da cidadania*. In: GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flavia (Coord.). *Direito, cidadania e Justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, sociologia e Filosofia jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 14, n. 54, p. 28-39, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2006.

\_\_\_\_\_. *Desafios da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de junho de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no Estado Moderno*, *Revista dos Tribunais*, n. 614, ano 75, p.14-22, São Paulo, Dez. 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTES, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. *Acesso à justiça e a efetividade da prestação jurídica: o inciso LXXVIII, art. 5º incluído pela EC 45/04*. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 138, ano 31, agosto de 2006.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de direito e cidadania*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos Princípios nas garantias processuais do cidadão*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DELORS, Jacques. *Educação: Um tesouro a descobrir*. 2 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: MEC, 1999.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. V.1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. V.2.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOBROWOLSKI, Silvio. *Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais*. *Revista dos Tribunais*, v. 643, p. 14-19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: Parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCOS, Michèle. *Roma e o direito*. São Paulo: Madras, 2007.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, José Eduardo. *As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. *Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.38, p. 141-154, Dez. 1992.

FERNANDES, Noeli. *Efetividade da tutela jurisdicional: Acesso à justiça e tempo razoável de duração do processo*. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 25, n.2, p. 201-216, jul/dez. 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: Uma proposta para o constituinte. *Revista de Informação legislativa*, v. 23, n. 83, p. 49-62, jan/mar. 1986.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREDERICO, Sérgio Augusto. Cidadania: elemento fundamental para o acesso à justiça. *Revista do Instituto de pesquisa e estudos*. Bauru, n. 28, p. 331-343, abr/jul. 2000.

FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2002.

\_\_\_\_\_. *A cidadania entre os romanos*. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Laurentino. *1822 – Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – Um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2010.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 51, p. 53-101, abr/jun, 2005.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à justiça*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 23 de maio de 2009.

GUARINELLO, Norberto Luiz. *Cidades-estados na antiguidade clássica*. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.1.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.

\_\_\_\_\_. *Cidadania para todos: o que toda pessoa precisa saber a respeito de cidadania*. Rio de Janeiro: Thex editora 2002.

JELIN, Elizabeth. *Cidadania revisitada: solidariedade, responsabilidade e direito*. In: JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric (org.). *Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. São Paulo: Universidade de São Paulo: Núcleo de estudos da violência (NEV), 2006.

KARNAL, Leandro. *Estados Unidos, liberdade e cidadania*. In: PINSKI, Jaime; PINSK, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

KELSEN, Hans. *Principles of international Law*, Clark: The lawbook exchange LTD, 2003.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LIMA, Francisco Géron Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de processo*. São Paulo, Ano 29, n.116, p. 29-39, jul/ago de 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 9 ed. Madri: Tecnos, 2005.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa (coord.). Processo de realização dos direitos fundamentais: um cainho teórico para distinguir os fenômenos “efetivação” e “concretização”. *Revista do mestrado em direito UNIFIEO*. Osasco, ano 5, n.5. p. 123-156, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Celerité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès*. Paris: La documentation Française, 2004.

MAGNA CARTA, 1215. *Revista da ADUEL*. Londrina: ADUEL, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e legitimidade para agir*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu. A história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do Processo civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 16 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo civil: Teoria geral do processo*, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de direito público*. N. 57-58, p. 233-256, 1981, p. 255.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO FILHO, José Celso de. *O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. In: MORAES, Alexandre (coord.). *Os vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais* 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

MONDAINI, Marco. *O respeito aos direitos dos indivíduos*. In: PINSKI, Jaime (org.). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ODALIA, Nilo. *A liberdade como meta coletiva*. In: PINSKI, Jaime (org). *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, ano 24, p. 59-69, out/dez. de 1999.

\_\_\_\_\_. *A garantia do contraditório*. Disponível em: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acesso em: 09/04/11.

\_\_\_\_\_. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em: <http://www6.ufrgs/ppgd/doutrina>. Acesso em 29/04/2011.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein*. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivo/anais/campos/claudio\\_ladeira\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivo/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf). Acesso em: 20/02/2012.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia Juris – Revista do curso de mestrado em direito negocial da Uel*. Londrina, v.10, p. 225-242, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, ano 26, p. 55- 67, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Cidadania e efetividade do processo. *Revista jurídica Consulex*, ano VII, n. 146, p. 55-58, 15 de fev. de 2003.

\_\_\_\_\_. Cidadania Tutelada. *Revista eletrônica de direito do Estado*. Salvador, Instituto de direito público da Bahia, nº 5, Jan/fev/mar 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 24/03/2008.

PAULA, Ricardo Henrique Arruda. *Cidadania e individualismo em Aristóteles e Cristo: Estudo comparativo de antropologia filosófica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. 2009. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009.

PIMENTA, Roberto Lyra. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINSKY, Jaime. *100 textos de história antiga*. São Paulo: HUCITEC, 1972.

\_\_\_\_\_. *História da cidadania*. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

PIOVESAN, Flavia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 37, p. 63-74, jun. 92.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003,

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REZEK, José Francisco. *Le droit international de la nationalité*. Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 198, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional público: Curso elementar*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 7, n. 74, p.01-09, ago/set, 2005, p. 4. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_74/artigos/PDF/MariaElizabethRocha\\_Rev74.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/MariaElizabethRocha_Rev74.pdf). Acesso em: 26/12/2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROMÃO, José Eustáquio. *Educação e cidadania*. In: PINSKI, Jaime (org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, ano 10, p. 121-139, jan/mar. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de atualização jurídica, n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de junho de 2009.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEGATTO, Cristiane. A lei garante, a realidade nega. *Revista Época*. Rio de Janeiro, n. 574, p. 48-51, 18 de maio de 2009.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 30, p. 61-74, dez. 1988.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun.1999.

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Larissa Tenfer. Cidadania e acesso à justiça: a experiência florianopolitana do juizado especial cível itinerante. *Sequência: Revista do curso de pós-graduação em direito UFSC*. Ano XXV. Florianópolis, n. 48, p. 73-80, jul. 2004.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988*. In: MORAES, Alexandre (coord.). *Os vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES, Marcos Antonio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos- Instituto brasileiro de direito constitucional, 1998.

SOUZA, Luciane Moessa. *Reserva do possível X mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.conpedi.org/manaus/.../bh/luciane moessa de souza2.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/.../bh/luciane%20moessa%20de%20souza2.pdf). Acesso em: 06/07/2009.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os vinte anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico*. *Revista jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*. Cuiabá: Entrelinhas, ano 3, n.4, p. 81-103, jan/jun. 2008.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2009.

TEIXEIRA, Salvio Figueiredo. *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1.

\_\_\_\_\_. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul/2005.

TOLEDO, Valter Martins. *Direito, cultura e civismo: textos seletos*. Curitiba: Flamma, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Anotações sobre a efetividade do processo, *Revista Consulex*, ano VII, n. 150, 15 de abril de 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WHITAKER, Francisco. *Iniciativa popular de lei: Limites e alternativas*. In: BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHÉ, Fabio; VANNUCHI, Paulo. *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.