

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: UMA CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

Carlos Eduardo de Freitas Fazoli*

Danilo César Siviero Rípoli**

RESUMO

A Constituição Federal garante a máxima proteção dos direitos fundamentais. Assim, os portadores de deficiência podem se utilizar de todos os meios para a defesa dos seus interesses fundamentais coletivos. Contudo, o modelo positivista, ainda predominante no Brasil, impede a máxima proteção desse grupo de pessoas. O positivismo não atende mais aos anseios da sociedade e como tal deve ser superado por uma interpretação fundada na Constituição, nos princípios e nos valores máximos da atual sociedade. Uma nova visão, onde o intérprete está inserido no mundo fático, na realidade social, deve prevalecer sobre a velha máxima da mera subsunção, despida de qualquer conteúdo valorativo.

PALAVRAS-CHAVE

**AÇÃO POPULAR; PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA;
CONSTITUIÇÃO; POSITIVISMO JURÍDICO; CRISE.**

ABSTRACT

The Federal Constitution guarantees the maximum protection of the basic rights. Thus, the deficiency carriers can use of all the half ones for the defense of its collective basic interests. However, the positivism model, still predominant in Brazil, hinders the maximum protection of this group of people. The positive law does not take care of more to the yearnings of the society and as such must be surpassed by an interpretation

* Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (INPG – Araraquara), Professor de Direito Civil e de Teoria Geral do Processo (UNIARA – Araraquara), Procurador da Fazenda Nacional.

** Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru, Especialista em Administração Pública (Unisalesiano – Araçatuba), Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Sabino, Advogado.

established in the Constitution, the principles and the maximum values of the current society. A new vision, where the interpreter is inserted in the juridical world, in the social reality, must prevail on the old principle of the mere fact of the application of a law, fired of any value content.

KEYWORDS

PUBLIC INTEREST ACTION; CARRYING PEOPLE OF DEFICIENCY; CONSTITUTION; LEGAL POSITIVISM; CRISIS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Como tal, todo o ordenamento jurídico, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional, deve ser interpretado buscando-se a máxima efetividade no que tange à proteção da pessoa humana, principalmente quando se refere aos seus direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, se insere a proteção às pessoas portadoras de deficiência, que constitui, ultimamente, uma fatia considerável da população brasileira e que sempre teve uma grande dificuldade de integração social, sendo objeto de discriminações das mais diversas ordens. Considerando que o respeito aos direitos consagrados às pessoas portadoras de deficiência ainda é objeto de resistência, principalmente pelo poder público, se faz necessária a busca da tutela judicial, inclusive na sua forma específica, para dar cumprimento ao comando constitucional inclusivo. Para isso, há a necessidade da existência de meios adequados para tal acesso à justiça.

Contudo, hoje (ainda) predomina no Direito brasileiro o positivismo exacerbado, o qual não é suficiente para proporcionar as garantias acima descritas. O formalismo impede, muitas vezes, que direitos coletivos sejam protegidos com a máxima efetividade.

Procuraremos demonstrar, nesse trabalho, que uma interpretação adequada, afastada do modelo positivista pode permitir a proteção (coletiva) das pessoas portadoras de deficiência através da ação popular constitucional, possibilidade

esta que vem sendo refutada pela doutrina e jurisprudência tradicionais, já que ainda impera o modelo meramente subsuntivo, mas que interpretada em consonância com os dispositivos constitucionais protetivos da pessoa humana e com as inovadoras disposições do Código de Defesa do Consumidor, poderá ensejar a efetividade da proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência com uma simples ação capitaneada pelo cidadão e com o importante efeito de atingir toda uma sociedade.

1 DA PROTEÇÃO JUDICIAL DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

A pessoa portadora de deficiência¹ sempre foi objeto de marginalização ao longo da história (VALTECIDES, 1992, p. 18). Com o advento da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, o grupo foi agraciado por um feixe bem maior de direitos protegidos, os quais ficaram dispersos no bojo do texto constitucional.

A carta em referência, cuidou de proibir qualquer tipo de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, garantiu o direito à saúde, assistência social e integração social, reservou percentual de cargos e empregos públicos, tratou da habilitação e reabilitação da categoria, não esquecendo do direito ao atendimento educacional, da sua integração à vida comunitária e da eliminação das barreiras arquitetônicas.

O texto constitucional garantiu às pessoas portadoras de deficiência diversos direitos que têm como principal finalidade a busca constante da igualdade com os outros seres humanos. Neste sentido, qualquer lesão ou ameaça a direitos das pessoas portadoras de deficiência, ensejará a possibilidade da busca à proteção judicial, conforme faculta o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em se tratando de proteção judicial das pessoas portadoras de deficiência, a questão pode ser analisada segundo duas vertentes, ou seja, a defesa de direitos individuais de um lado e a dos direitos difusos ou coletivos de outro.

¹ Em que pese o grupo também ser chamado de pessoas deficientes, deficientes, pessoas portadoras de necessidades especiais, excepcionais, dentre outras nomenclaturas, no presente artigo utilizaremos a expressão “pessoa portadora de deficiência”, pois assim vem nominada na Constituição Federal.

No tocante à proteção judicial individual, onde a própria pessoa portadora de deficiência busca a tutela de forma individual, resta necessário, segundo ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo (2003, p. 102), a demonstração do interesse particular da pessoa lesada ou ameaçada de lesão. Nessa esteira, a pessoa portadora de deficiência pode ajuizar todas as medidas judiciais colocadas à disposição do indivíduo para a proteção de qualquer interesse individual, não somente com a finalidade de buscar uma obrigação de fazer, mas também para reparação de dano material e ou moral, a exemplo do mandado de segurança, ação ordinária, mandado de injunção, embargos à execução, etc (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 488).

Já no plano da defesa dos interesses difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiência, veremos o uso da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e da ação popular como instrumentos para tanto, os quais serão objetos de detalhamento nos itens a seguir.

2 A PROTEÇÃO JUDICIAL COLETIVA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Com o desenrolar dos anos, os estudiosos puderam perceber a existência de certos interesses que, segundo ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli (1997, p. 4), “excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público” e que, portanto, a tutela individual era inadequada para regular os conflitos surgidos a respeito (BRAGA, 2000, p. 43).

O meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio público, o patrimônio histórico, artístico, bem como outros interesses difusos e coletivos foram objetos de garantia expressa pelo texto constitucional ao elencar no artigo 129, inciso III, a função do Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública como forma de protegê-los.

A definição do que seja interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos foi dada pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, assim entendido os difusos como transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os coletivos como

sendo os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e os individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Com efeito, os interesses das pessoas portadoras de deficiência também podem ser tutelados de forma coletiva. Ora, quando pensamos no direito ao transporte coletivo adaptado, no direito ao acesso a edifícios e logradouros públicos sem barreiras, no direito à vaga reservada no concurso público, no direito à inclusão escolar, entre outros direitos garantidos às pessoas portadoras de deficiência, podemos imaginar a sua proteção judicial individual através do próprio lesado, bem como a proteção coletiva, pois tais direitos transcendem o caráter individual, passando a ser do grupo (ARAÚJO, 2003, p. 109).

A ação civil pública, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, destina-se à proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos e só pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal, por associação constituída há mais de um ano², autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. No tocante às associações, a legitimidade para ajuizar ação civil pública para defesa interesses relacionados à pessoa portadora de deficiência, condiciona que a mesma tenha seus fins institucionais ligados à proteção dessa minoria.

O mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, define como instrumento para proteger direito líquido e certo não amparado 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. No que concerne aos três últimos legitimados, a pretensão discutida deve guardar vínculo com os fins sociais da entidade (PASSOS, 1989, p. 13).

Por fim, a ação popular será objeto de discussão em tópico à parte, considerando a resistência à sua utilização na defesa dos interesses coletivos das

² Este requisito pode ser revisto pelo magistrado, que poderá dispensar a constituição há mais de um ano, quando houver manifesto interesse social (artigo 5º, § 4º, Lei 7.347/85).

peessoas portadoras de deficiência, calcada no formalismo exacerbado que ainda assolada a comunidade jurídica brasileira.

3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS LEGITIMADOS ATIVOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA DEFESA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA³

A legitimidade ativa para ingresso de ação civil pública na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência pode ser dividida em três grupos: a) Pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista); b) associações civis; e c) Ministério Público.

Fazendo correlação com os agentes, Luiz Alberto David Araujo (2003, p. 432) menciona três situações que envolvem a participação dos legitimados ativos na defesa das pessoas portadoras de deficiência: a) vontade política (interesse na propositura de medidas judiciais protetivas da minoria); b) conhecimento técnico do problema (conhecimentos técnicos específicos sobre a deficiência bem como das metas principais para a defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiência); e c) conhecimento da ação civil pública (conhecimento e habilidade do advogado na propositura de ações civis públicas).

Iniciemos a análise pelo primeiro grupo de legitimados (Pessoas Jurídicas de Direito Público). Ficam as seguintes indagações: O grupo tem vontade política, conhecimento técnico do problema e conhecimento da ação civil pública?

Sem sombra de dúvidas, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e os demais legitimados que fazem parte da administração pública indireta, não têm vontade política. Tanto é verdade, que as pessoas jurídicas de direito público, na maioria das vezes, ocupam o pólo passivo das ações civis públicas em defesa das

³ A presente análise foi feita com base nas lições doutrinárias de Luiz Alberto David Araujo, consubstanciadas no artigo A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003, *in* Constitucionalizando Direitos. 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Organizador Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

peessoas portadoras de deficiência em que se buscam a concretização das normas protetivas, ou seja, acessibilidade nos prédios públicos e meios de transportes, reserva de vagas no trabalho, inclusão escolar, saúde, entre outros direitos que o Estado deveria garantir.

Ao contrário, tais pessoas são dotadas de conhecimentos técnicos específicos e são capazes de lidar com a deficiência, contando com excelente quadro de profissionais na área de saúde (médicos, terapeutas, fisioterapeutas, psicólogos, enfermeiros, nutricionistas, etc.). No mesmo sentido, os advogados que compõem o quadro de pessoal são capacitados para manejar a ação civil pública, considerando que a dificuldade nos concursos públicos tem selecionado profissionais de alto nível de conhecimento.

E o segundo grupo, formado pelas associações civis?

As associações têm vontade política, pois a proteção das pessoas portadoras de deficiência envolve os objetivos de sua constituição. Também são dotadas de conhecimento técnico específicos, pois são constituídas em sua maioria pelas próprias pessoas portadoras de deficiência e seus familiares, que vivem o dia-a-dia dos problemas da minoria. Já com relação ao conhecimento sobre ação civil pública, infelizmente as associações, salvo raras exceções, não são dotadas de corpo de advogados com conhecimento em matéria de ações coletivas, principalmente, ação civil pública.

Por fim, analisaremos o Ministério Público. Incumbido da defesa das pessoas portadoras de deficiência, bem como de todos os interesses difusos e coletivos, o *Parquet* tem o dever constitucional de protegê-los, inclusive, ajuizando ações civis públicas para a efetivação da proteção.

Contudo, não tem conhecimentos técnicos específicos sobre a deficiência, pois os promotores e procuradores de justiça são obrigados a atuar nas diversas áreas do Direito (civil, penal, falência, interesses difusos e coletivos, cidadania, entre outras), o que dificulta ter domínio específico da matéria.

Mas, em compensação, o Ministério Público é dotado de um conhecimento extraordinário em matéria de ação civil pública, instrumento jurídico bastante utilizado na atualidade pelos seus membros.

Neste diapasão, a conclusão que se chega é que a falta de vontade política, conhecimento específico e habilidade jurídica têm dificultado a proteção coletiva das pessoas portadoras de deficiência.

No que concerne ao mandado de segurança coletivo, identificamos sérios problemas quanto à legitimidade ativa.

Nos termos do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, são legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, bem como as organizações sindicais, entidade de classe e as associações.

A atuação dos partidos políticos na defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiência tem sido prejudicada, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a agremiação partidária somente está legitimada a discutir matérias envolvendo os seus filiados e, mesmo assim, que tenham cunho político (ARAÚJO, 2003, p. 112).

Com relação aos demais legitimados para o mandado de segurança coletivo, surge o problema da falta de conhecimentos, conforme comentários acima que realizamos sobre a ação civil pública.

Com efeito, verificamos que tanto a ação civil pública como o mandado de segurança coletivo são permeados por circunstâncias que dificultam a proteção judicial das pessoas portadoras de deficiência.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DA AÇÃO POPULAR

O inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal traz a previsão constitucional da ação popular⁴. Por sua vez, ela foi disciplinada pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

⁴ LXXIII – 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.

Infelizmente, a doutrina e a jurisprudência tradicionais atribuem à ação popular uma função meramente corretiva (SILVA, 2007, p. 100) e o seu objeto consiste na anulação de um ato lesivo e à reparação desse dano. “Sem lesividade do patrimônio público, não pode ser intentada a ação popular.” (SILVA, 2007, p. 141)

Não conseguimos, ainda, fugir da questão meramente patrimonial e econômica. A sua função social na busca da proteção dos direitos fundamentais ainda não aflorou⁵. Enraizados em um estado liberal, temos sempre por objetivo a proteção econômica. Se não há dano, não há que se falar em ação popular⁶.

Contudo, trata-se de um instrumento que pode e deve ser utilizado na proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de uma ação de índole constitucional, cuja aplicação deve ser maximizada na concretização dos direitos protegidos por ela.

Hoje, a concretização dos direitos fundamentais deve ser o objetivo de todos, da Administração ao cidadão. Ademais, a interpretação desses direitos (inclusive quanto aos instrumentos que os garantam) deve ser de tal sorte a obter a máxima efetividade. Interpretações literais, que fogem à realidade, merecem ser afastadas. O sistema jurídico deve ser interpretado sistematicamente sempre visando à proteção dos bens mais valiosos a uma dada sociedade em um determinado momento histórico.

Ora, os direitos fundamentais preexistem à manifestação estatal. Busca-se o Poder Judiciário tão somente para efetivá-los (força executiva). Não é preciso sentença alguma para garantir a alguém o seu direito à vida. Nessa linha, os direitos fundamentais são deveres e não obrigações. Assim, a tutela que os garante é interdital e, para tanto, deve ter à sua disposição ações constitucionais e procedimentos constitucionais.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 83, prevê que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis

⁵ “Os julgados orientam-se principalmente no sentido de tolher a demanda supra-individual. Proposta a ação popular, dizem que o caso seria de ação civil pública. Ajuizada a ação civil pública, exige-se a popular. Essa diversidade de interpretação sem dúvida prejudica a defesa dos interesses e direitos supra-individuais.” (FERRARESI, 2007, p. 138)

⁶ “Afora as hipóteses do art. 4º, porém, o conceito de lesividade é empírico e depende de apreciação de cada caso concreto. Para isso, há o juiz que entrar no mérito da atividade administrativa, para, em confronto com fatores econômicos subjacentes, constatar a efetividade do prejuízo. Nesses casos, a lesão deve ser efetiva, concreta. Se o ato não foi ainda executado, provocando o dano real, se a lesão for ainda meramente potencial, não se constituíram, então, os requisitos necessários à interposição da demanda popular, vez que não é prevista sua propositura como remédio preventivo.” (SILVA, 2007, p. 142)

todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Como já dissemos acima, a definição de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é dada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, o qual constitui hoje um verdadeiro macrossistema jurídico, não podendo ser deixado de lado em uma interpretação sistêmica.

Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. (...) Uma outra conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o 'ter' mais que o 'ser', fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada. (GRINOVER, 2007, p. 854-855)

Assim, se qualquer ação (inclusive a popular) pode ser utilizada quando for capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela, *a fortiori*, deve ser utilizada quanto tais direitos coletivos (sentido amplo) consubstanciarem-se em direitos fundamentais.

Destacamos, ainda, que a tutela deve ser adequada e efetiva. Desta forma, se necessário, devemos utilizar a ação popular inclusive na forma inibitória, uma vez que as tutelas constitucionais de urgência têm força máxima. Apenas à guisa de argumentação, imaginando que um cidadão saiba que haverá um desmatamento em uma área de proteção ambiental. Por que tal cidadão precisará esperar que a mata seja destruída para, somente depois, pedir judicialmente a reparação do dano? Por que esse mesmo cidadão não poderá utilizar a ação popular na forma preventiva? Parece-nos, com a devida vênua, que a resposta é simples. Porque a lei, em sua literalidade, não diz.

Mutatis mutandis, podemos realizar um raciocínio idêntico para a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

A nós sempre nos pareceu que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não somente possibilita o acesso aos órgãos judiciários como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. E isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia. (GRINOVER, 2007, p. 855-856)

Lembramos que a Constituição Federal é posterior à Lei da Ação Popular e que esta passou pelo fenômeno da recepção. Destarte, a Lei deve ser interpretada em consonância com a Constituição e não vice-versa.

Hoje muito se discute na doutrina acerca do anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. Entre outras inovações, se aprovado na forma que está, teremos a pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. Mas, será que precisamos de um novo código para atribuir legitimidade a uma pessoa física com vistas a garantir um direito fundamental (coletivo)? Parece-nos que não. Bastaria a utilização de uma hermenêutica constitucional adequada e o cidadão poderia ingressar com uma ação popular na defesa de qualquer interesse coletivo, tanto com finalidade preventiva como repressiva.

5 DO POSITIVISMO JURÍDICO

A questão acima resulta de um pensamento formalista que (ainda) impera em nosso direito. As leis são aplicadas de forma cartesiana, valendo apenas o que “está escrito”. É a valoração exacerbada da subsunção. Há, muitas vezes, uma inversão de valores, onde o texto escrito possui um valor desproporcional quando comparados aos bens jurídicos envolvidos.

O positivismo ainda prepondera em nosso meio. No nosso momento histórico, não podemos mais afastar completamente o conteúdo valorativo, a realidade, a inserção do intérprete no mundo social, como o fazia o positivismo clássico. Konrad Hesse (1991, p. 13) argutamente observa que:

(...) o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt.

Aditamos que, sob o aspecto positivista, é incrível o “poder” e o prestígio que os textos infraconstitucionais possuem no Brasil. “Há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se “adaptar” a Constituição às leis ordinárias” (STRECK, 2004, p. 17). Na praxe, em muitas oportunidades, algumas portarias, instruções normativas, etc. se sobrepõem à própria Constituição.

O positivismo nos delegou regras da velha interpretação fundada na mera subsunção. Uma regra, um *standard*, uma súmula, sem qualquer conteúdo, deve(ria) ser aplicada ao caso a partir da subsunção. Tal mecanismo inibiria a criatividade judicial, fato este que justificava tal pensamento. Desta feita,

(...) o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. (STRECK, 2006, p. 143)

Mas é preciso avançar. Estamos com Lênio Streck (2006, p. 150) quando afirma que:

Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da

regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

O positivismo nos legou uma interpretação destituída de qualquer valor⁷, fechada, com o objetivo de garantir segurança jurídica⁸.

A hermenêutica vigente nesse contexto positivista obriga o intérprete a formular interpretações restritivas e objetivas do código, assumindo posição passiva, neutra, afastando-se da realidade e de seus matizes sociológico, histórico e ideológico. (LUCON; GABBAY, 2007, p. 93)

6 A CRISE DO POSITIVISMO E A NECESSIDADE DE ABERTURA DO SISTEMA

O positivismo não consegue mais atender aos mandamentos constitucionais. Se em outros tempos foi importante no controle do autoritarismo, hoje restou insuficiente. Mauro Cappelletti (1993, p. 31-32) já observou, com pena de mestre, a crise do formalismo exacerbado.

⁷ “Toda interpretação exige aproximação com a coisa mesma. O domínio dos pré-juízos forjados no senso comum teórico, pelo qual a “realidade social” (o mundo prático) é deixada de lado na análise da regra (não esqueçamos que o positivismo busca construir conceitos prévios para serem aplicados independentemente da “coisa”), *impede o acontecer da singularidade do caso.*” (STRECK, 2006, p. 238-239)

⁸ “Em verdade, talvez hoje se perceba melhor a antiga confusão entre ação e direito material, na medida em que o processo é também um ambiente em que estes se criam, modificam, conservam ou extinguem. Partindo-se da concepção muito cara a Wach ou Chiovenda da pretensão e sabendo-se que a interseção entre direito material e ação é maior do que se costumava supor século passado, é bom ver também que muitas vezes eles existem ou se supõem existir no plano material sob formas singulares, sem qualquer correspondência legal direta, trazendo para o juízo a tarefa de enquadrá-los no ordenamento para depois devolvê-los consertados à vida, em vez de imaginar-se, muito ao gosto de uma visão positivista estrita, que os direitos existem no plano material prontos e acabados, cabendo ao Poder Judiciário apenas resolver as crises que sobre eles recaem.” (ADAMOVICH, 2007, p. 64)

Ora, como se pode explicar a tônica que a nossa época colocou na criatividade judiciária?

Como primeira aproximação para uma resposta a essa indagação, direi que tal tônica pode se explicar como um aspecto formal mais geral, típico das últimas três ou quatro gerações, que o filósofo Morton G. White descreve como “a revolta do formalismo”. É bem compreensível que, nas diferentes partes do mundo, tal revolta tenha visado a alvos diversos. Enquanto nos Estados Unidos e, de forma talvez mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*, em França e nas ares de influência francesa dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.

Há a necessidade imperiosa de procedermos uma abertura do sistema, utilizando-se para isso de uma “nova” hermenêutica. O intérprete está inserido no contexto social. Não é mais possível afastar, como pretendem os positivistas, norma, sociedade, fato, valor e princípios constitucionais⁹. Cada caso concreto resultará em uma resposta juridicamente correta. “Vê-se, pois, que qualquer resposta correta é necessariamente uma resposta adequada a Constituição.” (STRECK, 2006, p. 229)

Não estamos aqui falando de arbitrariedade judicial. Tratando-se de direitos fundamentais não há discricionariedade na sua efetivação. O que deve haver é ponderação dos valores envolvidos.

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade, significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e

⁹ “A resposta correta decorre de um aprofundado exame constitucional, em que os princípios desnudam as insuficiências das regras. Afinal, por trás de cada regra há um princípio constitucional.” (STRECK, 2006, p. 232)

as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez, os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Em oposição ao positivismo clássico, estamos vivendo ares de um pós-positivismo. Luís Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos (2003, p. 147) definem esta nova fase com maestria:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Desta feita, a partir de uma hermenêutica constitucional, fundada na supremacia dos princípios e na inserção do intérprete no mundo real, qualquer cidadão poderia utilizar-se da ação popular para garantir um direito fundamental de caráter coletivo. E mais, poderia beneficiar toda a sociedade dos efeitos da respectiva coisa julgada. É que trataremos a partir de agora.

7 OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NA AÇÃO POPULAR

Os limites subjetivos da coisa julgada na ação popular foram tratados no artigo 18 da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a qual instituiu a coisa julgada *secundum eventum litis* (de acordo com o resultado do processo), pois a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova. Neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 123) apresenta três hipóteses possíveis: a) o pedido é acolhido e a sentença é definitiva para todos os membros da coletividade; b) o pedido é rejeitado por inexistência de fundamento e os efeitos da coisa julgada é *erga omnes*, não podendo ser discutido novamente em juízo com igual fundamento; c) o pedido é rejeitado por insuficiência de prova e a decisão não faz coisa julgada material, facultando a renovação da demanda, podendo lograr êxito com a nova prova produzida.

Mesmo com efeitos *erga omnes*, Nilton Luiz de Freitas Baziloni (2004, p.117) defende que terceiros não podem ser atingidos pelos efeitos da coisa julgada na ação coletiva e tenham, por consequência, direitos individuais lesados ou ameaçados de lesão. Neste sentido (2004, p. 116):

(...) a sentença terá eficácia oponível *erga omnes*, mas oponível a quem não tiver direitos a serem discutidos e decorrentes daquele ato. Se alguém pretender obter algo com aquele ato já declarado nulo e quiser discuti-lo em processo próprio, será terceiro que não poderá sujeitar-se aos efeitos da coisa julgada em um processo do qual não participou¹⁰.

Por outro lado, somos partidários que, como na ação popular, o objeto em discussão é um direito coletivo e que por via de consequência tem a coletividade como lesionada ou ameaçada de lesão, o indivíduo indeterminado, mesmo não sendo parte da

¹⁰ Para o autor (2004, p. 116), exemplificamente falando, se o cidadão “A”, autor de uma ação popular julgada improcedente por inexistência de fundamento para anular a contratação de servidor público via concurso, motivado no fato de que o mesmo não possui a habilitação necessária para o desempenho da função nomeada, o mesmo sujeito “A”, na qualidade de candidato aprovado, poderá impetrar mandado de segurança contra o ato de nomeação, defendendo a ilegalidade desta e ao mesmo tempo, visar a sua nomeação. Para Baziloni, na ação popular o autor foi o cidadão “A” e no *mandamus*, a pessoa física do “A”.

ação popular, é sujeito integrante da coletividade, portanto, não podendo ser considerado como terceiro e está sujeito aos efeitos da sentença transitada em julgado e proferida na ação coletiva¹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da Constituição Federal surge o direito à proteção das pessoas portadoras de deficiência. Esta proteção judicial pode se dar na forma individual ou coletiva. No âmbito coletivo, a tradição no direito brasileiro revela a utilização da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, interpretado sistemicamente, possibilita a utilização de todas as espécies de ações para a defesa efetiva dos direitos coletivos (sentido amplo). Aqui está incluída a utilização da ação popular. Entretanto, o formalismo jurídico e a interpretação subsuntiva típica do positivismo jurídico não permitem a utilização da ação popular constitucional para tal mister. Ela somente poderia ser utilizada repressivamente, após a ocorrência de um dano.

Verificamos, pois que, o positivismo está em crise. Não consegue satisfazer as necessidades atuais. Para concretizarmos os direitos fundamentais torna-se imperiosa a utilização de uma “nova” hermenêutica calcada nos princípios e nos valores constitucionais. Assim será se utilizarmos a ação popular na proteção das pessoas portadoras de deficiência, ampliando o seu objeto, a sua utilização e a sua eficácia.

O dogma formalista que exclui qualquer valoração deve ser substituído pelo moderno constitucionalismo. O intérprete está inserido no contexto fático e como tal deve atuar, afastando pré-conceitos e inserindo realidade social ao caso. Com isso, conseguiremos concretizar nossos direitos fundamentais, inclusive com a utilização da ação popular na proteção das pessoas portadoras de deficiência.

¹¹ Antonio Gidi (1995, p. 85/86) leciona: “(...) em sendo a ação popular julgada improcedente após instrução suficiente, os efeitos *erga omnes* da coisa julgada não poderão prejudicar os direitos individuais divisíveis dos integrantes da comunidade (CDC, art. 103, § 1º). Ao contrário, se a ação popular foi julgada procedente, os efeitos benéficos da imutabilidade do comando da sentença deverão favorecer a esfera individual de cada prejudicado (CDC, art. 103, I)”.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. A justiça geométrica e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. *In*: _____. **Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos**. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVES, Rubens Valtecídes. **Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador**. São Paulo, SP: LTR, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003.

_____. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988- 2003. *In* **Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Organizador: Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. – jun. 2003.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004.

BRAGA, Renato Rocha. **A coisa julgada nas demandas coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

FERRARESI, Eurico. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. *In:* _____. **Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos.** Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autos do anteprojeto.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 13.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. *In:* _____. **Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos.** Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1977.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional.** 2.ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.