

Análise dos Instrumentos Processuais Coletivos Destinados à Efetividade dos Direitos Sociais

Aluna: Thaíse de Almeida Silva.

Orientadora: Telma Lage.

Introdução.

A partir observação histórica da luta pelo reconhecimento dos Direitos Sociais, inicia-se a discussão sobre a real efetividade dos referidos direitos atualmente, em diversos âmbitos, como na área educacional, de saúde e em relação ao direito de moradia, por exemplo.

Sabe-se que os Direitos Sociais foram conquistados por meio de lutas conduzidas pelos movimentos sociais ao longo dos séculos, causados pela visível desigualdade social, e ainda se faz presente atualmente. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foi um marco na instituição dos direitos inerentes [à condição humana e por isto, considerados direitos fundamentais], os quais intentam garantir, não apenas sobrevivência, mas vida digna a cidadãos de todo o mundo.

Após análise do Pacto Internacional de DESCs, (Que são os DESCs: esclarecer. Até o momento nada foi dito a respeito, diferentemente da Declaração da ONU, pode-se perceber que a concretização desses direitos exige uma atuação positiva do Estado, pelo fato de estes direitos não estarem – ainda - acessíveis a todos. Diante disso surge a necessidade de criação de meios para promover a universalização dos direitos sociais, concomitantemente pelas vias legislativa, judicial ou administrativa (políticas públicas).

Neste quadro registramos avanços seja na competência legislativa (princípios constitucionais, leis previdenciárias (Lei 8.212 e Lei 8.213/1991), LOAS, PNEs (busque com Lucas a identificação das principais leis, SUS (busque com Ricardo a identificação das leis principais), seja na competência administrativa (PROUNI, PRONATEC, Ciência sem Fronteiras, SUAS etc), mas, ante o quadro de privação de direitos sociais a que se submete parte da população, torna-se importante conhecer os remédios processuais tendentes à efetivação / universalização dos direitos sociais.

Por esta razão, o acesso à justiça é o foco principal do segmento da pesquisa que me cabe. A partir desta premissa abre-se um campo de pesquisados instrumentos que visam a aproximação das pessoas ao poder judiciário e, conseqüentemente à possibilidade efetivação de seus direitos..

Neste sentido, no âmbito dos Tribunais Superiores ações coletivas, a exemplo da ação civil pública e do mandado de injunção, se mostram poderosas ferramentas de

promoção de direitos que atingem coletividades, e, que elevam a grau máximo o princípio da eficiência e da economia processual.

Tal o eixo deste segmento da pesquisa: remédios processuais tendentes à efetivação dos direitos sociais.

Objetivo.

Analisar os instrumentos processuais de efetivação dos direitos sociais à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no âmbito das ações coletivas, como forma possibilitar acesso a tais direitos de maneira universal, contemplando sobretudo os segmentos sociais mais vulneráveis à marginalização e mesmo à exclusão dos atributos da cidadania.

A pesquisa se volta, portanto, ao estudo dos princípios norteadores do direito processual coletivo, sendo analisados a ação civil pública e o mandado de injunção coletivo, de forma mais detida.

Metodologia.

O estudo tem por foco o estudo da natureza dos Direitos Sociais e o reflexo desse conceito nas lutas e movimentos sociais, com foco principal no estudo dos DESCs (Direitos econômicos, sociais e culturais), por meio do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O estudo dos DESCs é fundamental por [informar não é o verbo adequado, vai muito além da informação] ser a expressão de consolidação da ideia de incluir os direitos sociais no rol dos direitos humanos, e, portanto, de reconhecer sua natureza de direito fundamental.

Embora o lugar central das ações coletivas, pretendo ainda dar notícia de acórdãos dos Tribunais Superiores, como do STJ e do STF, relativos às ações estudadas

1. Os Direitos Sociais.

O direitos fundamentais tem por escopo salvaguardar as liberdades e dignidade do homem e, por isso, exigem a existência de mecanismos jurídicos para sua concretização, além da declaração constitucional. Os países que têm a declaração de direitos fundamentais em sua Carta Magna, são considerados Estado de Direito, pois uma das finalidade do direito fundamental é obrigar o seu respeito também pelo Estado.

Os direitos fundamentais são declarações dos direitos dos indivíduos, da coletividade, ou seja dos direitos humanos em geral, permitindo que as pessoas possam exercer, de forma plena, suas liberdades, observando-se as limitações que o próprio

Constituinte impuser. Ao lado dos Direitos Fundamentais existem, também, as Garantias Fundamentais, as quais tem o intuito de assegurar o exercício sem abusos dos direitos fundamentais.. Desta forma, sempre que se erigir um direito fundamental, haverá uma garantia correspondente, de modo a evitar abusos e violações por parte do Estado e dos próprios destinatários destes direitos¹.

No âmbito deste trabalho, portanto, serão analisados dois tipos de garantias aos direitos fundamentais: o mandado de injunção coletivo e a ação civil pública. Sua esfera de atuação se volta à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, com foco nos direitos sociais.

A partir do momento que se reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais, não é mais possível conceber um Estado em que haja o pleno exercício de todos os outros direitos fundamentais sem a efetivação deste. Além disso, são conhecidos como “direitos da igualdade” não por acaso: a finalidade dos direitos sociais é garantir o acesso ao mínimo existencial por todos. No entanto, existem aqueles que facilmente obtêm seus direitos sociais por meio do mercado, e a igualdade contida na essência dos direitos sociais permite que aqueles que não tem essa disposição no mercado obtenha também.

Os direitos sociais são fruto de lutas históricas contra a opressão do homem pelo próprio homem que culminou no Estado de Bem-Estar Social e neste novo cenário se exigese uma atuação positiva do Estado, que compreende não apenas a edição de leis ou mudanças constitucionais, mas a real e mais palpável concretização dos direitos fundamentais. Estes direitos são previstos no art. 6º da Constituição e detalhado nos títulos de Ordem Econômica e Financeira e de Ordem Social. Não obstante sua previsão constitucional, os referidos direitos ainda precisam de mecanismos para seu exercício pleno, permitindo a consecução da justiça social².

Ressalte-se que devido à natureza desses direitos, suas normas são consideradas como programáticas, as quais têm sua eficácia limitada e condicionada a prestação estatal e disciplina os interesses econômico-sociais. As normas programáticas não produzem eficácia a partir do momento da entrada em vigor da Constituição, o que não lhes retira a sua eficácia jurídica e a previsão de realização posterior. Por isso, faz-se mister a atuação do Estado, que reflete-se na implantação de políticas públicas e criação de leis que tornem estas normas mais eficazes no âmbito social. Contudo, por

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2011. 525 p.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 286p.

serem considerados direitos fundamentais, por analogia, pode-se considerar que são autoaplicáveis, aplicando o disposto no §1º do art. 5º da CF.

O problema que surge se relaciona com a sua efetividade real, isto é, se esses direitos são concretizados prioritariamente por meio de políticas públicas e leis, além da conscientização da população acerca deles, para que possam, de maneira adequada, pleitear sua efetivação. Porém, o presente estudo visa analisar sua efetivação por outro escopo: a via da tutela jurisdicional coletiva.

Diante disso, o estudo do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³ se mostra imprescindível. De acordo com seu preâmbulo, o ser humano só tem sua dignidade reconhecida, protegida e exercida quando ela tem condições de se desenvolver no âmbito econômico, social e cultural e, de forma reflexa, consegue ver efetivado seus direitos individuais também:

“Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efectivo dos direitos e liberdades do homem; Tomando em consideração o facto de que o indivíduo tem deveres para com outrem e para com a colectividade à qual pertence e é chamado a esforçar-se pela promoção e o respeito dos direitos reconhecidos no presente Pacto.”

O Pacto, contudo, importa em uma omissão: a falta de um protocolo facultativo. O protocolo facultativo é um mecanismo que auxilia a efetivação e fortalecimento dos direitos declarados no pacto, por permitir que vítimas de violações ao Pacto tenham suas denúncias ouvidas, por exemplo. O protocolo facultativo demonstra que o conteúdo do Pacto não é mera recomendação aos países signatários, mas verdadeiro compromisso para com seu povo, e ao erigir medidas de proteção e de tutela aos direitos humanos, reforça seu comprometimento com a efetividade do Pacto. Por meio dele, são eleitas medidas, recomendações e diretrizes, bem como a criação de órgãos que visam a proteção e efetivação dos direitos descritos no tratado, incentivando a cooperação interestatal na consecução dos objetivos erigidos no Pacto.

Contudo, o Pacto sobre DESCs não tem um protocolo facultativo, ficando a cargo dos Estados signatários estabelecerem medidas para o cumprimento integral do

³ CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinícius. **Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade**. Disponível em <http://goo.gl/98i2ZT> Acesso em 31/07/2015.

Pacto. No Brasil, os mecanismos vão desde políticas públicas a ações coletivas que visam a aplicabilidade desses direitos e possibilidade eficaz de fruição por todos, o que não difere de outros países. Mas, a sua inexistência evidencia que de certa forma os países não tem um compromisso forte em cumprir esses preceitos. A inexistência desse protocolo, demonstra, mais uma vez (lembrando o fato de sua criação tardia) o descaso em relação a criação de possibilidades de melhoria de vida, que possibilitam o exercício pleno dos direitos humanos civis e políticos.

2. Direitos Sociais e Interesses Difusos e Coletivos.

Tendo em vista que os direitos sociais garantem o mínimo existencial às pessoas, por meio da atuação positiva do Estado, pode-se destacar os seus aspectos coletivos e difusos: os direitos sociais não são meros direitos individuais – aqui entendidos como direitos prioritariamente do indivíduo – mas, tem uma forte característica de serem direitos plurais.

Os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, são progressivos e indivisíveis. Sua progressividade consiste no fato da escassez dos recursos e bens, o que implica na aplicação progressiva dos direitos sociais. No entanto, isso não significa que os Estados devam tem uma postura passiva, de espera de um “momento bom” para a criação e implantação de mecanismos. Pelo contrário, faz-se necessário o uso de recursos, por meio da atuação positiva dos Estados. O fato dos bens serem escassos é mais um motivo para o investimento políticas públicas, criação de leis e prolação de decisões favoráveis àqueles que são prejudicados pela falta de recursos, por inibir o exercício dos direitos sociais.

Por ser único e plural, a afronta a um aspecto de sua dignidade, afeta-a como um todo, de modo que a sua tutela não pode ser fracionada, de acordo com prevalência de interesses, maior ou menor grau de lesividade e etc. Por isso, os direitos humanos são indivisíveis, pois a dignidade como seu cerne, não sofre divisões, nem ideológicas, nem para fins didáticos⁴. Dito isto, cabe elucidar os pontos de convergência e diferença entre os interesses (ou direitos, conforme será explicado) difusos e coletivos.

A diferença entre direito e interesse tem relação intrínseca para a construção do conceito de direito subjetivo, o qual encontra diversas teorias para sua definição, mas, de início, pode-se afirmar que o interesse tem um caráter mais abrangente, quando comparado ao direito. Por esta razão, existem interesses que podem ou não serem tutelados juridicamente.

⁴ Idem. Disponível em <http://goo.gl/98i2ZT> Acesso em 31/07/2015.

Em relação aos direitos subjetivos, este pode ser definido como uma expressão de vontade voltada à realização de algum interesse, de acordo com a norma jurídica que prevê esta faculdade, este poder⁵. Desta forma, percebe-se a distinção entre direitos e interesses, pois este último é o objeto do primeiro e para que seja objeto, deve existir norma jurídica a regular o exercício desse bem. Além disso, existem aqueles direitos que não são direitos subjetivos, seja por não existir a faculdade de agir seja por haver diferença entre o titular do poder e quem o exerce, um de seus elementos, como, por exemplo, uma norma tributária ou as normas relacionadas ao poder de família⁶.

Ao voltar esta reflexão para o campo dos interesses coletivos e difusos, percebe-se que, por causa de sua pluralidade, podem existir interesses coletivos e difusos não disciplinados pelo ordenamento jurídico, não constituindo direitos propriamente ditos. Contudo, o fato de não serem disciplinados especificamente não pode exprimir uma falta de proteção, e é neste sentido que deve ser interpretado o art. 1º da Lei 7.347/85, *in verbis*:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. *(Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)*

(...)”

Tendo-se em vista o grau de generalidade dos interesses, é possível afirmar que existem diversas dimensões de interesse, como o interesse público, o interesse individual homogêneo, entre outros. Porém, dentre elas o estudo dos interesses coletivos e o difusos será o objeto do presente trabalho.

2.1 Interesses Difusos.

Ao tratar de interesses metaindividuais, surgem duas espécies: o interesse coletivo e o interesse difuso. A sua conceituação foi se transformando com o passar do tempo e o que antes eram sinônimos, atualmente são faces diversas de um mesmo fenômeno, qual seja os interesses da coletividade, seja ela determinada ou não.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil/ teoria geral do direito civil vol I.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p.29.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 226-227. No primeiro caso existe uma relação em que não existe uma faculdade por causa do interesse público voltado à exigibilidade do tributo devido. Em relação ao poder familiar, o titular do direito não o exerce em seu favor, mas em favor do menor.

Os interesses metaindividuais (coletivos e difusos) são compreendidos a partir do momento em que se observa o fenômeno da sociedade de consumo em massa. Este fenômeno está profundamente relacionado ao processo de industrialização, que alterou toda a estrutura social e jurídica no campo das proteções individuais. Com o passar do tempo, problemas generalizados surgiram e as ações individuais assolavam (e ainda assolam) o judiciário.

Com isso, foi reconhecida a existência de algo maior que somente o interesse individual, um interesse supra-individual, por ser comum à uma grande parte da população que poderia ou não fazer parte de um seguimento específico da sociedade. Neste aspecto, observa-se o primeiro elemento dos direitos metaindividuais, a possibilidade determinar ou não titulares do mesmo direito lesionado.

Isto posto, os interesses, neste caso, os direitos difusos são disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inc. I, *in verbis*:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

No que tange aos interesses difusos, seus titulares são indetermináveis, pois a relação existente entre os titulares é factual, não existindo relação-jurídica base. Os interesses difusos podem atingir, portanto, uma infinidade de pessoas, como ocorre no caso de um desastre ambiental, em que um sem número de pessoas são atingidas das mais diversas formas.

O interesses difusos são interesses de massa, interesses da humanidade como um todo, pois seus afetados são indiscriminados e a sua tutela se sobrepõe ao interesse individual, pois, neste caso, há um interesse social conjugado. Isto posto, reconhece-se outro elemento do interesse difuso: sua indivisibilidade.

A indivisibilidade do interesse difuso, de acordo com Gianpaolo Poggio Smanio, recai no fato da impossibilidade de sua apropriação por um único titular ou

grupo específico de titulares, que se reflete no âmbito de sua tutela: aqui não se trata da tutela do interesse por causa de seu titular, mas sim devido a sua relevância social⁷.

Além disso, também por causa de sua relevância social, os interesses difusos são indisponíveis:

“A indisponibilidade é outra característica fundamental dos interesses difusos. Sua relevância social, a falta de um titular identificável para poder dispor do interesse, bem como sua indivisibilidade, fazem com que não possamos conceber o interesse difuso como interesse indisponível.”⁸

Em suma, os interesses difusos constituem uma gama de interesses que, quando lesionados, podem atingir, inclusive, a humanidade como um todo, demonstrando seu caráter de generalidade. Ademais, são interesses indivisíveis, pois não podem ser apropriados por um único titular (o ar que respiramos, por exemplo), e são indisponíveis, devendo ser assegurada a sua fruição por todos, pois não existe a possibilidade de sua renúncia.

Transportando esse raciocínio para a esfera dos direitos sociais, pode-se afirmar que este direito tem um caráter difuso devido a sua relevância social, mas, principalmente, conforme já mencionado, os direitos sociais são direitos humanos fundamentais e assim sendo, o seu exercício deve ser ofertado a humanidade como um todo. Mesmo que o compromisso de seu cumprimento tenha sido dado por meio de um tratado, no qual um Estado tem a faculdade de aderir ou não, o proveito por todos é assegurado independente disso. Por esta razão, qualquer obstáculo, seja em um território determinado seja no âmbito regional, irá evidenciar a lesão a um interesse difuso.

Portanto, um Estado que não proporciona o mínimo existencial à sua população, deixa de oferecer direitos fundamentais que melhoram a qualidade de vida e impedem o desenvolvimento social adequado, obstando, também, o exercício de outros direitos fundamentais, e, por conseguinte, acarreta a lesão a um interesse difuso.

2.2 Interesses Coletivos.

Após a análise dos interesses difusos, passa-se ao estudo dos interesses coletivos. Tais interesses são previstos no art. 81, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, nestes termos:

⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 15.

⁸ Idem, p. 16.

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

A partir da análise do dispositivo se pode perceber que o interesse coletivo também é um interesse metaindividual, no qual o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse individual. Contudo, neste caso é possível identificar os grupos que tiveram seus interesses lesionados ao contrário do que ocorrem em relação aos interesses difusos.

Sendo assim, de acordo com Hugo Nigro Mazzilli, *“a expressão interesses coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas”*⁹. Quanto aos interesses coletivos, há um liame jurídico que interliga os titulares do interesse, seja por força da lei ou de contrato. Um exemplo comum é o caso dos trabalhadores de determinada categoria: caso haja a lesão de um interesse daquela categoria, poderá atingir todos que dela fazem parte. Também, um condomínio exprime o interesse de uma coletividade. Logo, a relação jurídica é um elemento que diferencia interesses coletivos e difusos.

Os interesses coletivos são indivisíveis também, contudo essa característica repousa no fato de constituir uma unidade:

“Os interesse ou direitos coletivos, organizados ou não, se são de natureza indivisível, passam a apresentar unidade, independente da reunião de seus titulares numa entidade representativa, tornando possível sua tutela em uma única ação”.¹⁰

A importância dos interesses coletivos na análise tutela dos direitos sociais se encontra no fato de que estes direitos também possuem o caráter coletivo. Ao mesmo tempo em que uma medida adotada pelo governo contrário à realização de algum direito social, por exemplo, pode atingir milhares de pessoas, que não estão interligadas por uma relação jurídica base, uma lesão ao direito à moradia que acarreta prejuízos na esfera de um grupo de determinada localidade Portanto, pode-se afirmar o caráter

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P.46

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 8.

dúplice dos direitos sociais quanto à sua tutela no nível metaindividual, pois comporta tanto interesses difusos como coletivos.

3. A Ação Civil Pública e a tutela dos Direitos Sociais Coletivos e Difusos.

Os direitos sociais exigem uma atuação positiva do estado para a sua concretização, sendo as políticas públicas as melhores ferramentas para a sua consecução. Isto não pode significar que leis e decisões judiciais tenham apenas uma atuação coadjuvante quando comparada às políticas públicas.

Em relação às leis que efetivam os direitos sociais são exemplo: a Consolidação das Leis do Trabalho, Lei nº 8.212/91, Lei 9.790/99, Lei nº 8.213/91, entre outras.

No entanto, o presente trabalho se volta a análise de sua defesa ou concretização em juízo, por meio de instrumentos processuais coletivos, como a ação civil pública e o mandado de injunção coletivo.

Um dos pontos a serem observados é o fato da expansão do objeto de tutela por meio da ação civil pública. No momento da criação do instrumento, seu objeto se restringia a proteção do meio ambiente, consumidor e ao patrimônio artístico, paisagístico, estético e histórico. Como se nota, por ter tido um objeto bastante restrito, nem todos os grupos sociais tinham a tutela coletiva adequada, sendo a via individual uma opção.

Com o advento da Constituição de 1988 esse panorama se modificou pela primeira vez, pois o art. 129, inc. III, prevê a competência do Ministério Público para a proteção de “*outros interesses difusos e coletivos*”:

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

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]”

Assim, era possível se utilizar um raciocínio que conjuga o dispositivo constitucional com as normas de competência para propor a ação civil pública na LACP, permitindo que outros interesses coletivos e difusos pudessem ser defendidos.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, ocorreu a primeira grande mudança na LACP e um dos fatos que mais chamou atenção foi a inclusão da defesa de “*outros interesses difusos e coletivos*” no rol de objetos da ação, ampliando de fato o âmbito de atuação dos legitimados.

A ampliação do rol reflete na possibilidade concretização dos direitos sociais, demonstrando que este instrumento almeja uma maior justiça social. Porém, a alteração promovida pela Lei nº 8.078/90 não ficou somente na esfera de direito material: também houve a expansão dos tipos de provimentos judiciais¹¹:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990) (Lei nº 7.347/85)”

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. (Código de Defesa do Consumidor)”

A ação civil pública como instrumento de defesa em juízo dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos comporta importante papel político, por realçar as omissões e atuações prejudiciais do Poder Público. Neste diapasão, esse papel político encontra especial relação com os direitos sociais, pois são também direitos relacionados à política, haja vista uma das suas melhores formas de atuação ser a atuação por parte do governo.

Neste sentido, pode-se dizer que a ação civil pública é um meio idôneo para a defesa dos direitos sociais em juízo no âmbito das ações coletivas e as decisões judiciais tem demonstrado esse caráter.

O Resp nº 1.041.197/MS (julgado em 25/08/2009), por exemplo, de relatoria do Min. Humberto Martins, ressaltou a importância da ACP como forma de controle judicial de políticas públicas. Tratando da legitimidade do Ministério Público, o AgRg no Resp nº 938.951/DF (julgado em 23/02/2010), de mesma relatoria, foi incisivo ao afirmar sua a legitimidade *ad causam*. No STJ, a questão sobre a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pleiteando a tutela de direitos sociais é pacífica.

4. O Mandado de Injunção Coletivo na Tutela dos Direitos Sociais Coletivos e Difusos.

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, constituindo-se em garantia contra

¹¹ JÚNIOR, Hamilton Alonso. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. **A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 208.

as omissões inconstitucionais do Estado. O seu propósito em muito se assemelha com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e por isso, é considerada como uma das ações que promovem o controle de constitucionalidade.

A hermenêutica de seu texto indica a proteção de direitos previstos na Constituição que ainda não são regulados pela via infraconstitucional, em desobediência ao mesmo dispositivo que declara esse direito. Por óbvio, pode-se reconhecer que essa omissão pode acabar por inviabilizar o exercício de tal direito, sendo esta situação que o mandado de injunção pretende evitar.

A sua origem do é controvertida entre os juristas, contudo a maior parte dos autores afirma que o instrumento teve sua origem nos EUA, cuja denominação é *writ of injunction*, sendo seu objeto diferente do instrumento brasileiro, pois visa à consecução de um ato que é essencial à justiça e ao deslinde do processo, tendo como requisito o *periculum in mora*. O *writ* tanto pode permitir a execução de um ato, como a sua proibição.

Assim, percebe-se o distanciamento teleológico dos dois institutos, pois enquanto um cria uma ordem judicial que obriga a execução ou abstenção de determinado ato, o mandado de injunção visa o sanar lacuna infraconstitucional, em descumprimento à mandamento constitucional, que impede o exercício de determinado direito¹².

Também, por meio da interpretação do seu texto, podemos chegar a conclusão que seu objeto é extenso, pois não tem como finalidade única a proteção dos direitos fundamentais individuais, mas a concretização de todos os direitos humanos nas suas diversas dimensões. Por esta razão, os direitos ali elencados devem ser tratados de forma exemplificativa.

Diante disso, entende-se que os direitos sociais, por serem direitos humanos fundamentais, são tutelados também por meio do mandado injunção, por se adequar à interpretação que entende que o dispositivo se refere à proteção de todos os direitos fundamentais, sendo sua normatividade aberta.

De forma irônica (ou não), o próprio mandado de injunção carece de legislação específica, tendo questões de competência tratada de forma esparsa no texto constitucional e seus pressupostos analisados pela doutrina e jurisprudência. Contudo,

¹² SILVA, Jacqueline Maria Cavalcanti da. O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 12 – jul/dez 2008. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf) Acesso em 20/07/2015.

tendo em vista a similitude deste instrumento com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se utilizado suas normas de forma analógica, preenchendo a lacuna normativa do instrumento que visa, também, preenchê-las.

Essa mesma lacuna acarreta problemas quanto aos efeitos da decisão do *writ*: efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, como ocorre no caso da ADIO? O órgão competente para processar julgar pode criar a norma concreta com o fim de sanar a lacuna? Ou se trata de uma decisão mandamental? Quem pode impetrar o mandado de injunção? Todas essas hipóteses tratam, além de regras disciplinadoras, de questões atinentes a separação de poderes.

Com o julgamento do MI 107, foi estabelecido os termos de sua autoaplicabilidade com fulcro no §1º do art. 5º da Constituição, sendo assim, mesmo inexistindo norma processual regulamentadora, o mandado de injunção pode ser impetrado. Inclusive é mencionado que o seu procedimento perante o Tribunal é o mesmo do mandado de segurança, o que demonstra mais um liame que visar sanar sua lacuna normativa¹³. Com o passar do tempo e o julgamento de outros mandados de segurança, o instrumento processual obteve o desenvolvimento de sua disciplina.

Deste modo, os legitimados ativos do mandado de segurança (pessoas físicas e jurídicas) são os mesmo do mandado de injunção, mas com a peculiaridade de serem os titulares do direito dependente da norma regulamentadora¹⁴. A competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção se fixa em razão da autoridade coatora, e não em relação à matéria¹⁵.

Ademais, em contraposição ao ADIO, o mandado de injunção produz efeitos *inter partes* e, por esta razão, pode o Tribunal criar a norma regulamentadora no âmbito do caso concreto, além de declarar a mora do Poder incumbido de regulamentar o direito e o dever de legislar¹⁶.

Retornando ao foco das ações coletivas, o STF entendeu pela admissibilidade de mandado de injunção coletivo, pois, como já mencionado, o rol de direitos elencados no inc. LXXI do art. 5º abrange todos os direitos fundamentais, inclusive os transindividuais, objeto do presente estudo, não existindo, portanto, limitação quanto à

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1206

¹⁴ Idem p. 1219 - 1220.

¹⁵ Art. 102, inc. I, al. q), art. 105, inc. I, al. h), da CFRB e CC 39.437/RS, STJ, 3ª Seção, Min. Rel. Paulo Medina, julgado em 11/05/2005.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 1233.

natureza de seu objeto. Por esta razão, a legitimidade *ad causam* do instrumento compreende todos aqueles constantes nos arts. 5º da LACP e do art. 82 do CDC¹⁷.

Ao o julgar o MI 73/DF, o STF consolidou entendimento no sentido da admissibilidade de entidade sindical para impetrar o *writ*. No que tange a tutela dos direitos sociais de cunho coletivo ou difuso, não poderia ser diferente o reconhecimento de sua admissibilidade¹⁸. Contudo, a pesquisa jurisprudencial demonstrou que grande parte dos mandados de injunção coletivo impetrados, que trata de direitos sociais, volta-se a regulamentação da greve dos servidores públicos, pois há a lacuna infraconstitucional, comprometendo o exercício do direito de greve, que se constitui em um direito social e coletivo.

Quanto à essa questão, o STF em um primeiro momento, firmou entendimento no sentido de ser impossível o exercício de greve sem a edição da norma reguladora, ao decidir sobre o mérito do MI 20/DF (também MI 485, Rel Maurício Corrêa, DJ de 23/08/2002, entre outros). Neste caso, a Corte só reconhecia a mora legislativa e não criava a norma supridora de lacuna. Com o julgamento do MI 670 , MI 708 e MI 712 sustentou-se um novo entendimento, o qual se coaduna melhor com a finalidade do instituto do mandado de injunção, e determinou que se aplicasse a Lei nº 7.783/89 quanto aos servidores públicos.

5. Conclusão.

Os direitos sociais são direitos que encontram barreiras na sua efetivação, por depender de uma atuação Estatal, seja fruto do Executivo ou do Legislativo. Contudo, a população não pode ficar a mercê da vontade desses entes em fazer cumprir aquilo que a Constituição estabelece como o mínimo existencial.

Mesmo inexistindo um protocolo facultativo em relação ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não significa que se deve concordar com condutas amissivas dos Estados signatários. Com olhos nessa falta de mecanismos, deve-se adequar os instrumentos processuais existentes, de modo a transferir poderes àqueles feridos em sua dignidade, por não usufrírem dos direitos básicos.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, foi possível chegar a um patamar de tutela jurisdicional dos direitos sociais, contudo, isso não significa a sua máxima concretização, pois a jurisprudência ainda vacila em alguns pontos, como ocorreu com o direito à greve dos servidores públicos.

¹⁷ Idem Op. cit. p. 1221

¹⁸ STF: MI 3322/DF, MI 102/PE, MI 20/DF, MI 1909/DF.

Ainda precisamos lutar e nos comprometer mais com a efetivação dos direitos sociais, exigindo uma prestação positiva por parte de políticas públicas e lei, não esquecendo de observar, com a mesma cautela, os atos do Poder Judiciário, no que tange a efetivação dos referidos direitos.

Bibliografia.

- 1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2011.
- 2 CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinícius. **Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade**. Disponível em <http://goo.gl/98i2ZT>
Acesso em 31/07/2015.
- 3 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- 4 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil/ teoria geral do direito civil vol I**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- 6 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- 7 SILVA, Jacqueline Maria Cavalcanti da. O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 12 – jul/dez 2008. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf)
- 8 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 286p.
- 9 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.