



POSSÍVEIS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO PROCESSUAL COLETIVO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Thomás Henrique Welter Ledesma*

RESUMO:

O microsistema processual coletivo é composto por regras e princípios que tutelam direitos transindividuais, dentre eles o princípio da máxima amplitude, que estabelece que os direitos coletivos deverão ser interpretados de maneira que recebam a maior eficácia possível no caso concreto. A possibilidade de ampla incidência do princípio da máxima amplitude poderá gerar instabilidade no microsistema processual coletivo. Há, portanto, necessidade de serem estabelecidas limitações em sua aplicação visando à segurança e estabilidade do microsistema coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: microsistema processual coletivo. Direitos transindividuais. Princípio da máxima amplitude; Eficácia. Incidência.

POSSIBLE LIMITATIONS TO THE PRINCIPLE OF THE MAXIMUM EFFECTIVENESS OF THE COLLECTIVE PROCESS

ABSTRACT:

The collective procedural microsystem is composed by rules and by principles that protect transindividual rights, among which we can mention the principle of maximum amplitude, which establishes that collective rights must be interpreted in a way that they receive the greatest possible effectiveness in the specific case. The possibility of a wide incidence of the principle of maximum amplitude may generate instability in the collective procedural microsystem. Therefore, it is necessary to establish limitations in its application aiming at the security and the stability of the collective microsystem.

KEYWORDS: Collective procedural microsystem. Transindividual rights. Principle of maximum amplitude. Efficiency. Incidence.

1 INTRODUÇÃO

A dinamicidade da sociedade gera influência direta nos ordenamentos jurídicos, em razão da necessidade de regulamentação, como resposta aos anseios da população. Inicialmente, com o rompimento do Estado absolutista, a sociedade pugnou pela não interferência do Estado em suas atividades privadas. Posteriormente, verificou-se que o

* Graduado em Direito pelo Centro Unicuritiba (2013). Mestre em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS (2018). E-mail: thomasledesma@gmail.com.



Estado deveria atuar também de maneira positiva, garantindo e efetivando direitos de determinados grupos sociais.

As mutações sociais e, conseqüentemente jurídicas, romperam com a ideia restrita de direitos individuais e com a dicotomia público e privado, criando nova categoria de direitos, denominados transindividuais, cuja titularidade pertence à coletividade, seja de maneira geral ou de grupos específicos.

Para tutela e efetivação dos direitos transindividuais, foram editadas pelo Poder competente legislações específicas que se complementam e formam o chamado microsistema processual coletivo, composto por regras e princípios oriundos de diplomas normativos que tutelam tais direitos.

Dentre uma ampla gama de princípios que disciplinam, regulamentam e delimitam direitos transindividuais tem-se o princípio da máxima amplitude. O presente artigo tem por objeto a análise da aplicação, incidência e limites desse princípio dentro do microsistema processual coletivo, a partir do seu conteúdo e de suas hipóteses de incidência.

A análise do tema se justifica em razão das peculiaridades do microsistema processual coletivo, que não conta com um código geral, sendo formado por um conjunto de legislações esparsas que regulamentam direitos transindividuais, que se complementam entre si. Nesse cenário, o princípio da máxima amplitude exerce relevante importância, pois poderá ser utilizado nas hipóteses de omissão legislativa e de eficácia mínima dos direitos coletivos. Porém, sua aplicação poderá também gerar consequências indesejadas, tais como o afastamento de outros dispositivos, insegurança jurídica e instabilidade no referido microsistema.

O método utilizado na presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com a adoção de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, buscando analisar o conteúdo do princípio da máxima amplitude, verificando eventuais limitações à sua incidência dentro do microsistema processual coletivo.



2 APONTAMENTOS SOBRE O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

O acesso à justiça, garantia fundamental prevista no texto constitucional, vem sofrendo diversas mutações desde seu reconhecimento. Em suas origens, era associado à ideia de procedimentos adotados para a solução de conflitos litúrgios civis, fundamentados em uma filosofia individualista dos direitos. Como era considerado um direito natural, o acesso à justiça não era tutelado pelo Estado, em razão da ideia de ausência de necessidade de atuação do Estado para sua proteção (CARVALHO NETO, 2006, p. 39).

Com as transformações das relações sociais, surgiram novos conflitos e, conseqüentemente, novos direitos, devendo haver, na mesma proporção, uma resposta do Estado, a partir da edição de leis ou decisões judiciais, para dar eficácia ao acesso à justiça.

Nos países influenciados pelo modelo da *civil law*, caracterizados por um claro protagonismo da legislação, em razão da necessidade de observância do devido processo legislativo, há possibilidade de que o Estado não corresponda aos anseios da população, com a celeridade esperada. Além da edição legislativa, é possível que haja necessidade de previsão de instrumentos que realizem a tutela de um determinado direito ou a imponham de modo coercitivo.

Os direitos transindividuais se encaixam no perfil acima apontado – de novos direitos, com necessidade de tutela específica para sua efetivação, pois não se encaixam na classificação bifurcada entre privado e público, sendo “[...] uma terceira categoria de interesses derivada das exigências na sociedade moderna [...]” (LEONEL, 2002, p. 94).

Prossegue o autor:

[...] desde o início do desenvolvimento dos estudos relacionados ao processo coletivo, foi identificada a insuficiência dos conceitos tradicionais e da dicotomia clássica entre interesses públicos e privados, produzindo essa insuficiência dúvidas e deficiências sobre a legitimação para agir em juízo, obstando a própria apreciação judicial da lesão a interesses desta natureza. (LEONEL, 2002, p. 95).

Os direitos transindividuais possuem previsão expressa no art. X do Código de Defesa do Consumidor; porém, o referido diploma normativo “[...] não traz todas as disposições atinentes ao nosso processo coletivo e é importante integrar, no que existe de positivo, os diversos diplomas que referem sobre as ações coletivas [...]” (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2019, p. 58). Diante da insuficiência do Código Consumerista – somada às várias



tentativas (todas fracassadas) de criação de um Código Geral de Processo Coletivo—, formou-se no Brasil o chamado “microsistema processual coletivo”, composto por diversas leis esparsas que, em comum, tutelam direitos transindividuais.

Compõem o microsistema processual coletivo o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90; a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985; a Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009; também a Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/65; a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992; as Ações Diretas de Constitucionalidade (ZAVASCKI, 2017, p. 244); a Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência – Lei nº 7.853/1989; a Lei de Defesa dos Investidores de Mercado de Valores Imobiliários – Lei nº 7.913/1989; o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.096/90; o Estatuto do Torcedor – Lei nº 10.671/2003; o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003; a Lei de Defesa da Ordem Econômica – Lei nº 12.529/2011, e a Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013 (NEVES, 2016, p. 54-71).

Dentre todas as legislações acima citadas, o microsistema processual coletivo possui, como legislações centrais, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (DIAS, 2017, p. 130), compondo o chamado núcleo duro (NEVES, 2016, p. 43), em razão de serem mais completas no que tange à tutela dos direitos difusos, aplicando-se também às outras leis. Didier Júnior e Zaneti Júnior (2019, p. 58) defendem que “[...] a única leitura possível deste microsistema atualmente será aquela que o articula, em um diálogo das fontes com a Constituição e o CPC¹[...]”

Como modelo processual próprio, o microsistema processual coletivo é composto por um conjunto de princípios e regras, de origens múltiplas (diplomas que tutelam direitos transindividuais), que se influenciam de maneira subsidiária (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 133).

Dentre os princípios balizadores do microsistema processual coletivo, que inclusive orienta a aplicação da regra a ser aplicada ao caso concreto, tem-se o da máxima amplitude

¹ Sobre a proposta de diálogo das fontes com a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), deve ser vista com restrição, em razão do conteúdo do art. 19 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que estabelece: “[...] Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições [...]” (BRASIL, 1985). Ante a previsão expressa de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a interpretação que se apresenta como adequada é a de que as omissões nos diplomas normativos que tutelam direitos transindividuais deverão ser sanadas, preferencialmente, por normas que pertencem ao microsistema processual coletivo e, apenas diante de sua impossibilidade, é que a Lei 13.105/2015 deverá ser utilizada, tão somente em razão da existência de previsão legislativa.



(máxima efetividade) da tutela coletiva, que estabelece que as ações coletivas deverão ser interpretadas a partir de sua máxima efetividade (ARENHART; OSNA, 2019, p. 353).

O princípio da máxima amplitude é de grande relevância dentro do microsistema processual coletivo, por postular uma eficácia máxima, a partir das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto, aos direitos transindividuais. Ocorre que, em razão de seu conteúdo, o princípio poderá, em determinadas hipóteses, colidir com outros princípios e, muito em razão da inexistência de um código geral de processo coletivo, poderá ser aplicado de maneira demasiada, situação que possibilita o surgimento de anomalias dentro do microsistema processual coletivo, conforme será demonstrado.

3 O CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS E A MÁXIMA AMPLITUDE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO

Conforme exposto em tópico anterior, o microsistema processual coletivo, assim como qualquer outro, é composto por regras e princípios, utilizados não apenas para preencher as lacunas deixadas pelo legislador, mas também como vetores interpretativos aptos a auxiliar os aplicadores do direito quando estiverem exercendo suas atividades.

É de extrema importância, porém, mencionar que, apesar de serem espécies do gênero norma e integrarem o mesmo ordenamento jurídico, regras e princípios possuem elementos qualitativos próprios, que acarretam uma distinção em diversos fatores, principalmente em sua forma de aplicação. Diante da relevância do tema, antes de adentrar especificamente na análise do conteúdo da máxima amplitude, faz-se necessário verificar os critérios distintivos de maior magnitude entre regras e princípios.

3.1 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A formação de sistemas jurídicos compostos por regras e princípios permitem a oxigenação do ordenamento jurídico, mutação de interpretações legislativas e maior eficácia dos direitos fundamentais, podendo, portanto, ser considerado como uma característica fundamental dos Estados Democráticos de Direito.

Para distinção entre regras e princípios, Alexy (2017, p. 89-90) estabelece que são possíveis três teses: a primeira separa as duas espécies de normas em duas classes (de regras e



princípios) a partir de diferenciações gradativas, levando em considerado o alto ou baixo grau de abstração; a segunda tese, também relacionada ao nível de concretude (ou não), refere-se apenas a uma análise de generalidade como critério decisivo para a distinção; a terceira, adotada pelo autor, reafirma parcialmente o conteúdo das anteriores, defendendo a ideia de que regras e princípios como subespécies do gênero norma não são semelhantes em razão não apenas de um critério gradual, mas também qualitativo.

Prossegue o autor afirmando que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios reside em suas possibilidades de incidência:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2017, p. 90).

Em relação às regras, não possibilitam uma gradação em sua incidência, ou seja, presentes os elementos para sua satisfação, ela deverá ser aplicada e, caso ausentes, deverá ser afastada, possuindo, portanto, “[...] determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau [...]” (ALEXY, 2017, p. 91). Portanto, presentes os pressupostos da regra, ela será aplicável, devendo ser satisfeito exatamente aquilo que ela determina, ou então a regra deverá ser declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico ou inserida uma exceção em sua incidência, criando uma nova regra (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 31).

Em razão de conterem apenas mandamentos definitivos, um sistema jurídico formado exclusivamente por regras teria como principais características a relação de vinculação e de abertura, em razão do alto grau de vinculação de sua aplicação (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29), sendo possibilitado ao aplicador da lei utilizar-se de critérios não contidos no ordenamento jurídico para solução da controvérsia. Ao mesmo tempo em que o modelo composto exclusivamente por regras garante maior segurança jurídica, em razão de todas as hipóteses e consequências jurídicas estarem previstas na lei, também poderá, em hipóteses específicas (aquelas não acobertadas pelo conteúdo das regras), causar oscilação no parâmetro das decisões judiciais, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica, pois, não havendo



solução dentro do ordenamento jurídico, o magistrado estará livre para decidir a partir de critérios extrajurídicos que poderão ser oriundos das mais diversas ordens: política, moral, religiosa e filosófica, por exemplo, inexistindo um padrão para solução do caso concreto.

A possibilidade de insegurança dentro do sistema composto exclusivamente por regras é agravada em razão da morosidade do processo legislativo. Os desejos, preocupações e anseios da população se modificam com o transcurso do tempo, que raramente é acompanhado pelo órgão responsável pela elaboração e edição dos textos legislativos. Em sentido contrário, os princípios permitem a oxigenação do sistema e, apesar de também possuírem um conteúdo geral, abstrato e mutável, servem como parâmetro para os aplicadores do direito, não determinando a solução do caso concreto, mas direcionando e restringindo as suas possibilidades a partir de critérios jurídicos.

Um sistema jurídico criado exclusivamente por princípios, assim como aquele formatado exclusivamente por regras, também não se apresenta adequado, pois “[...] seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder [...]” (ÁVILA, 2016, p. 148), bem como sua alta indeterminação aniquilaria a irrenunciável exigência da segurança jurídica e também a substituição da vinculação pela ponderação², gerando a perda de clareza do ordenamento jurídico (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 30).

Aos princípios, em contraposição às regras, não se aplica a ideia de tudo ou nada, pois, conforme já afirmado, são “[...] mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes [...]” (SILVA, V., 2017, p. 50). A depender dos elementos fáticos e jurídicos presentes no caso concreto, um princípio poderá ter maior ou menor incidência. De maneira distinta do conflito entre regras, hipótese em que sempre haverá alguma forma de declaração de invalidade (SILVA, V., 2017, p. 49), a colisão entre princípios é solucionada por técnica distinta, denominada proporcionalidade. Conforme Peluso e Arraes (2018, p. 30), as técnicas distintas para solução dos conflitos são distintas justamente em razão das peculiaridades de cada espécie.

² A proporcionalidade é a técnica utilizada para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. É composta por três elementos (ou subprincípios): adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, também denominada ponderação. A partir da utilização desses critérios, o aplicador do direito verificará qual direito fundamental deverá prevalecer no caso concreto. Sobre o tema ver: GAVIÃO FILHO, 2011; SILVA, V., 2017.



Diante de um conflito entre regras, haverá uma incompatibilidade que poderá ser parcial, hipótese em que a solução será a instituição de uma cláusula de exceção entre elas; ou total, situação em que deverá haver declaração de invalidade de uma delas (SILVA, V., 2017, p. 48). “[...] Esse problema poderá ser solucionado por meio de regras como a *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito [...]” (ALEXY, 2017, p. 93).

Já na colisão entre princípios não haverá necessidade de que haja declaração de invalidade ou de que seja inserida cláusula de exceção: “[...] na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta [...]” (ALEXY, 2017, p. 93). O critério utilizado para solucionar conflito entre princípios é o da proporcionalidade, a partir da aplicação de seus três elementos (ou subprincípios)³, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Diante das características específicas de cada espécie de norma, bem como suas vantagens e desvantagens, o modelo jurídico que se apresenta como ideal é aquele composto por regras e princípios, já que “[...] cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não podendo sequer conceber uma sem outra [...]” (ÁVILA, 2016, p. 48), pois, na medida em que garante um grau considerável de vinculação, também permite a oxigenação do sistema e impede que decisões judiciais, administrativas ou legislativas sejam fundamentadas com argumentos extrajurídicos, tendo em vista que, na hipótese de omissão legislativa, os princípios atuarão como vetores e delimitadores para construção de possibilidades e limites da decisão.

3.2 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA AMPLITUDE NO PROCESSO COLETIVO

A máxima amplitude refere-se à possibilidade de utilização de qualquer regra do microsistema processual coletivo visando à maior efetivação do direito transindividual. Os princípios possuem como característica o caráter *prima facie*, que “[...] exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

³ Há divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade. Sobre o tema ver: GAVIÃO FILHO, 2011; lima, 2016; SILVA, V., 2017.



Nesse sentido, não contêm um mandamento definitivo [...]” (ALEXY, 2017, p. 104), ao contrário das regras.

Em razão do caráter *prima facie* que lhe é inerente, o princípio da máxima amplitude poderá ter maior ou menor incidência a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, porém possui como postulado a interpretação ou aplicação do direito transindividual de maneira que lhe possibilite a maior amplitude na solução do caso concreto.

Ocorre que, na busca pelo maior grau de efetivação do direito transindividual, o operador do direito poderá se deparar com as situações: omissão e menor eficácia. Na primeira, a lei ser omissa à determinada situação relacionada à tutela do direito transindividual, hipótese em que “[...] deve-se buscar o devido preenchimento ou correção, respectivamente, buscando os enunciados normativos dentro deste sistema, que é composto por regras e princípios relacionados à tutela jurisdicional coletiva [...]” (CÂNDIA, 2013, p. 134). Ou seja, deverão ser utilizadas regras contidas no microsistema processual coletivo para solução do problema. Na segunda possibilidade, no manejo de uma ação coletiva, sua legislação específica possuir menor eficácia em relação à outra lei aplicada aos direitos transindividuais. Por exemplo: O §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) veda a realização de transação, acordo ou conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), enquanto o §6º do art. 5º do Código de Defesa do Consumidor prevê que “[...] os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial [...]” (BRASIL, 1990).

O princípio da máxima amplitude fundamenta a busca da melhor solução para o caso concreto, a partir da aplicação da norma mais benéfica, desde que integrante do microsistema, independentemente de estar inserida em norma geral ou especial (DIAS, 2017, p. 130).

Conforme já explicitado, em razão da ausência de um Código geral de Processo Coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, a opção encontrada pelos operadores do direito é a formação e utilização do microsistema processual coletivo, composto por legislações que tutelam os direitos transindividuais.

Como sistema jurídico autônomo, o microsistema processual coletivo possui suas regras e princípios específicos, que poderão ser aplicados para preencher lacunas legislativas a



fim de tutelar direitos transindividuais, servindo como uma espécie de complemento ante à omissão do legislador.

Dentre os princípios pertencentes ao microsistema processual coletivo, tem-se o da máxima efetividade (ou máxima amplitude), que estabelece que, na aplicação dos direitos coletivos, o operador do direito deverá interpretá-los no sentido de dar-lhes eficácia máxima, permitindo, por exemplo, impetrar mandado de segurança coletivo para tutela de direitos difusos (XAVIER; DIAS, 2017, p. 158), mesmo diante da omissão do legislador constituinte; e até mesmo legitimar a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para manejar Ação Civil Pública⁴, mesmo não constando no rol de legitimados da Lei 7.347/1985.

Em razão da formação do microsistema, em caso de omissão sobre determinada situação específica, o operador do direito poderá utilizar-se de outro dispositivo, desde que integrante de lei que tutele direitos transindividuais e, conseqüentemente, integre o conjunto normativo coletivo. Em caso de existência de duas ou mais leis aptas a sanar a omissão do caso concreto, o princípio da máxima efetividade estabelece que deverá ser utilizada aquela mais favorável ao direito transindividual, ou seja, a que lhe conferir maior efetividade.

Para solução do primeiro caso, a resposta é simples: o operador do direito deverá utilizar-se de normas (princípios ou regras) integrantes do microsistema processual coletivo para solução da omissão e, caso o microsistema não contenha a solução, poderá ainda ser utilizada a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), em razão de previsão expressa contida no art. 19 da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública). Caso o microsistema processual coletivo apresente mais de uma solução possível para a tutela do direito transindividual, a partir do princípio da máxima amplitude, aplicar-se-á o dispositivo que possibilite a maior efetividade do direito transindividual no caso em concreto.

Em relação à segunda situação, a análise deverá ser mais detida. Importante destacar que, nesta hipótese, o próprio diploma normativo, por exemplo, Lei de Improbidade Administrativa, numa Ação de Improbidade Administrativa, regulamenta a questão. Poderia, porém, outro diploma integrante do microsistema processual coletivo, com dispositivo que confira maior incidência para o direito transindividual, ser utilizado, afastando a lei específica?

⁴ Fernanda Rosa Coelho defende a legitimidade da OAB para propor ações coletivas em defesa de direitos coletivos da comunidade em geral, não se restringindo apenas aos interesses da classe de advogados, por possuir como atribuição zelar pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito (COELHO, 2019, p. 255).



A pergunta pode ser reformulada da seguinte forma: com fundamento no princípio da máxima amplitude, seria possível, afastar a lei específica coletiva (aplicada ao caso concreto) e, conseqüentemente, deixar de lado a vontade do legislador, para utilizar, na tutela do direito transindividual levado ao caso concreto, legislação mais benéfica? O tema merece uma análise mais detalhada.

3.3 POSSÍVEIS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA MÁXIMA AMPLITUDE

Conforme exposto em tópico anterior, na hipótese em que há omissão no diploma normativo específico e, existentes duas normas dentro do microsistema processual coletivo aptas a serem aplicadas ao caso concreto, prevalecerá aquela que dá maior efetividade aos direitos transindividuais envolvidos. A escolha, portanto, terá como fundamento o princípio da máxima amplitude. Porém, nas hipóteses em que o tema é regulamentado por lei específica e há, dentro do microsistema processual coletivo, norma mais benéfica, esta última deverá ser aplicada em detrimento daquela?

Para Dias (2017, p. 130), “[...] existindo antinomia, obscuridade ou lacuna nas disposições microssistêmicas, as exegeses e integrações devem procurar extrair a maior carga possível de eficácia e efetividade [...]”, posicionamento acompanhado por Neves (2016, p. 44), que entende que, “[...] dentro do microsistema coletivo, deve ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutida no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas [...]”

Com a devida *vênia*, a solução apresentada pelos doutrinadores, que defendem a possibilidade de utilização irrestrita da lei mais benéfica ao direito transindividual, com fundamento no princípio da máxima efetividade, desconsiderando vontade manifesta do legislador contida em lei específica, não se apresenta como adequada.

Diferentemente da hipótese em que há omissão no texto legislativo, situação em que é perfeitamente possível a aplicação do dispositivo que dá maior eficácia aos direitos transindividuais, caso seja manifesta a vontade do legislador em lei específica, não poderá ser afastado o conteúdo do dispositivo legal com fundamento no princípio da máxima efetividade, por colidir com outra garantia fundamental: a segurança jurídica, prevista no art. 5º, XXXVI



da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, deverá prevalecer o critério da especialidade, mas com fundamento na estabilidade do sistema jurídico.

O afastamento de uma regra do ordenamento jurídico, fundamentada a partir da utilização de um princípio, possibilita ao aplicador do direito valer-se de subjetivismo na análise do caso concreto, podendo gerar ausência de parâmetros nas decisões, colidindo, portanto, com o mandamento da segurança jurídica, que é responsável por “[...] dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos [...]” (ALMEIDA; SOUZA BRITO, 2010, p. 187).

Os Estados Democráticos contemporâneos têm seus sistemas jurídicos compostos por regras e princípios, já que a opção exclusiva por uma das espécies de norma poderia ensejar em graves problemas para a ordem jurídica, tema já exposto anteriormente. As regras têm como uma de suas características conferir maior segurança jurídica, enquanto os princípios evitam que sejam adotadas soluções extrajurídicas para os casos não abordados na legislação, bem como permitem a oxigenação do sistema.

A presente hipótese traz consigo, de maneira evidente, uma colisão entre princípios e regras e, apesar da doutrina especializada apresentar formas distintas para solução do conflito, a conclusão é idêntica: deverá haver prevalência das regras.

Para Lima (2014, p. 54), o conflito entre normas e princípios seria apenas aparente:

(...) seria possível até descaracterizar a colisão entre um princípio e uma regra como um verdadeiro conflito normativo, ou seja, como um conflito que poderia ter como resultado a precedência tanto de uma espécie normativa quanto de outra. Haveria, nesse sentido, o simples estabelecimento de um limite à realização dos princípios, uma restrição inerente à sua definição como “normas que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O conflito entre um princípio e uma regra seria apenas aparente, pois a precedência das regras seria sempre absoluta.

Porém, a prevalência absoluta de uma regra sobre princípios poderá acarretar problemas em situações específicas “[...] no qual nenhuma restrição a um princípio constitucional decorrente de uma regra poderia ser considerada inconstitucional, uma vez que isso só é possível quando há prevalência de princípio [...]” (LIMA, 2014, p. 55), portanto, o autor concorda que, em casos específicos e excepcionais, as regras deverão ceder diante dos princípios. Porém, na maior parte das vezes, as regras deverão prevalecer (LIMA, 2014, p. 54-55).



Para Silva, V. (2017, p. 51-52), existem duas possibilidades para a solução do conflito entre normas e princípios, porém, ambas problemáticas. A primeira propõe um sopesamento entre ambos e a segunda, a verificação de qual deverá prevalecer. No entanto, para que ocorra a primeira, as duas normas deverão possuir a mesma dimensão de peso. A crítica à primeira proposta, dessa forma, consiste na possibilidade de afastar uma regra válida do ordenamento jurídico. Na segunda proposta, a solução da colisão se daria no plano da validade, uma vez que, ao aceitar que uma regra deverá prevalecer sobre um princípio, este deverá ser retirado do ordenamento, situação incompatível com a teoria dos princípios. O autor também concorda que não se pode falar em uma colisão propriamente dita.

Prossegue o Autor:

Em geral não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção. (SILVA, V., 2017, p. 52).

As regras, portanto, seriam resultado de uma colisão de princípios. No momento de sua formulação pelo poder competente, seria realizada, mesmo que de maneira implícita, a técnica da ponderação, cabendo ao legislador verificar qual princípio deverá prevalecer ou deverá incidir com maior eficácia na formulação do dispositivo. Portanto, a violação a determinado princípio já teria sido levada em consideração em momento anterior à criação da regra.

A partir da teoria dos direitos fundamentais, acima exposta, mesmo que a regra prevista em legislação específica seja menos benéfica do que outra integrante do microsistema processual coletivo, a vontade expressa do legislador deverá ser considerada, pois o texto de um dispositivo é produto de uma colisão prévia de princípios (LIMA, 2014, p. 77). Presume-se que, na edição de uma lei, o legislador leve em consideração todos os princípios envolvidos naquela situação jurídica, fazendo uma ponderação e complementação prévia (ÁVILA, 2016, p. 152)⁵, para, posteriormente, delimitar o conteúdo da regra.

⁵ Para Ávila (2016, p. 152), os princípios se “ombream” (colidem) e se “imbricam” (complementam), tendo em vista que não se encontram todos no mesmo patamar, bem como podem não pertencer à mesma espécie.



Utilizar-se do princípio da máxima efetividade para afastar a aplicação de uma lei, legitimada pela atuação do poder constituinte popular (SILVA, J., 2017, p. 36), seria realizar, de maneira inversa, o devido processo legislativo, abrindo precedente perigoso que possibilitará a abstração de qualquer outra regra. Portanto, em que pese a importância desempenhada pelo referido princípio no microsistema processual coletivo, sua aplicação estará limitada apenas aos casos de omissão legislativa, não podendo sua incidência afastar um dispositivo específico da lei, para fundamentar a aplicação de outra regra que tutele direitos transindividuais, devendo prevalecer o critério da especialidade.

A aplicação do princípio da máxima amplitude encontra limite no próprio microsistema processual coletivo, qual seja: nas regras expressas pelo legislador. O referido mandamento de otimização poderá ser aplicado nas hipóteses que envolvam direitos transindividuais não reguladas pelo microsistema processual coletivo, todavia não poderá afastar dispositivo de lei específica que tutele direito transindividual, mesmo havendo outra norma integrante do microsistema que dê maior amplitude ao direito coletivo. Assim, no exemplo citado anteriormente, havendo previsão expressa no §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) sobre a impossibilidade de realização de transação, acordo ou conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa, não poderá o operador do direito, com fundamento no princípio da máxima amplitude, afastar o referido dispositivo, utilizando-se de outra norma para permitir a transação, acordo ou conciliação.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objeto a análise da aplicação do princípio da máxima amplitude dentro do microsistema processual coletivo. Conforme demonstrado, seu conteúdo visa à incidência máxima do direito transindividual envolvido no caso em concreto.

Em razão da composição do microsistema processual coletivo, que é formado por um conjunto de leis esparsas que tutelam direitos transindividuais, que se complementam entre si, em determinadas hipóteses poderão surgir omissões legislativas e até mesmo conflitos entre regras.

Nos casos em que se verificam omissões legislativas, para a tutela de direitos transindividuais a solução deverá ser buscada dentro do microsistema, ou seja, em algum diploma normativo que regule direitos transindividuais e, havendo dois ou mais



dispositivos aptos a regulamentar o tema, deverá ser aplicado aquele que promova maior eficácia do direito coletivo envolvido no caso em concreto, com fundamento no princípio da máxima amplitude.

Solução diversa, porém, dar-se-á na hipótese em que há previsão normativa na legislação específica, mas outra norma integrante do microsistema processual coletivo dê maior eficácia ao direito transindividual envolvido. O princípio da máxima amplitude não se apresenta apto a afastar legislação específica do direito transindividual para aplicar dispositivo integrante do microsistema processual coletivo, mesmo que mais benéfico na tutela do caso em concreto, devendo prevalecer a regra contida no diploma específico.

A prevalência do dispositivo contido em diploma específico se dá diante da impossibilidade de um princípio afastar a aplicação de uma regra, pois esta derivou de uma colisão de princípios. Portanto, o conflito entre as duas espécies normativas será apenas aparente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, João Alberto; SOUZA BRITO, Thiago Carlos. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 175-210, jul./dez. 2010.

ARENHART. Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.



BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.

CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de processo coletivo**. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Fernanda Rosa. A legitimidade ativa da ordem dos advogados do Brasil para a ação civil pública. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Org.). **Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2019. p. 243-258.

DIAS, Handel Martins. Garantias processuais civis dos bens transindividuais. In: LEAL, Rogério Gesta; SANTOS, Rafael Padilha; DEMARCHI, Clóvis. **Estado, mercado e sociedade: perspectivas e prospectivas**. Itajaí: Univali, 2017. p. 122-136.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PELUSO, Lucas de Barros; ARRAES, Roosevelt. A proporcionalidade da sanção aplicada aos casos de abuso de poder econômico nas eleições. In: ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt (Org.). **Guardiania judicial: entre a segurança jurídica e a política**. Curitiba: Appris, 2018. p. 25-42.

SILVA, José Afonso. **Processo constitucional de formação das leis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

XAVIER, José Tadeu Neves; DIAS, Handel Martins. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. Porto Alegre: FMP; 2016. p. 149-172.



ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.