

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO PAULO FERREIRA

FUNÇÃO JURISDICIONAL EM PERSPECTIVA: TUTELA COLETIVA E CONTROLE
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

CURITIBA

2014

JOÃO PAULO FERREIRA

FUNÇÃO JURISDICIONAL EM PERSPECTIVA: TUTELA COLETIVA E CONTROLE
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Professor Doutor Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA

2014

RESUMO

A presente monografia procura evidenciar que interesse público não se confunde propriamente com o interesse do Estado, sendo, deste modo, legítimo o controle judicial do Poder Público quando destoante da vontade constitucional. Aduzimos como a tutela coletiva tem se mostrado um dos principais vetores de controle de políticas públicas e como o Judiciário assume formatação peculiar nestes casos.

Veç que superado o individualismo liberal, o Estado interventor se agiganta pelo acúmulo de novas funções vinculadas a direitos sociais, difusos e coletivos. Neste quadro o Judiciário assume papel de maior participatividade do deslinde social, mostrando-se um Poder essencialmente político.

Refletimos sobre as categorias tradicionais do Estado clássico em uma perspectiva relativizadora do princípio da Separação dos Poderes. Verificamos que processo civil coletivo tem se mostrado útil na implementação de políticas públicas, principalmente por meio da ação civil pública com seus instrumentos eficientes de realização material do direito. Abordamos como as prerrogativas da administração, vinculadas ao seu “dever/poder”, não são categorias absolutas, sobre tudo no que se refere aos interesses transindividuais erigidos à dignidade constitucional.

Nesta senda, concluiu-se que o Judiciário tem se adaptado às novas circunstâncias sociais e finalmente assume sua posição institucional que o constituinte lhe havia reservado.

Palavras-chave: Controle jurisdicional de políticas públicas, tutela coletiva, interesses transindividuais.

ABSTRACT

This project attempts to justify the non-coincidence between the public interest and the interest of the State, hence the judicial review of the acts of the government is incumbent when different than the constitutional will. We reinforce how collective protection has been a major vector in the control public policies and how the Judiciary Branch assumes peculiar formatting in these cases.

Once liberal individualism is overcome, the intervener State looms, either accumulating new functions or pursuing social, diffuse and collective rights. In this context the role of the Judiciary Branch assumes greater social delineation, being essentially a political power.

We reflect on the traditional categories of the Classic State in a relativistic perspective of the principle of Separation of Powers. We found that collective civil procedure has proven to be useful in the implementation of public policies, mainly through civil action with its efficient tools for material realization of the right. We address how the prerogatives of Public Administration, linked to its "duty/power" are not absolute categories, especially with regard to trans individual interests risen to constitutional dignity.

Thus, it was concluded that the Judiciary Branch has adapted to new social circumstances and finally takes its institutional position as expected by the constituent.

Key-words: Controle jurisdicional de políticas públicas, tutela coletiva, interesses transindividuais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS NOVOS RUMOS DA JURISDIÇÃO: MUDANÇAS DE PARADIGMA E CONTRUÇÃO DO MODELO ATUAL	9
2.1 INTRÓITO À JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA: CONTRIBUIÇÕES DA TUTELA COLETIVA.....	9
2.2 A NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO LIBERAL.....	14
2.2.1 A ascensão positivista: supremacia legislativa e jurisdição minimizada	14
2.2.2 As raízes teóricas da jurisdição liberal clássica.....	20
2.2.3 O tropeço liberal e a derrocada positivista	25
3 TRANSFORMAÇÕES DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	29
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	29
3.2 CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	30
3.3 A LÓGICA INTERVENTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL	36
3.3.1 A fusão entre Estado de direito e Estado democrático: reconfiguração da liberdade positiva em liberdade democrática	36
3.3.2 O processo de reconfiguração da legalidade	39
4 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EM PAUTA, A SEPARAÇÃO DE PODERES	45
4.1 TENDÊNCIA CONJUNTURAL DAS CATEGORIAS TRADICIONAIS	45
4.2 DESLOCAMENTO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES DE UM SUPOSTO EIXO PRINCIPAL	46
4.3 JURISDIÇÃO POLITIZADA: CAUSAS E EFEITOS.	50
4.4 FUNÇÃO JURISDICIONAL LATENTE: A IDEIA DE FECHAMENTO NORMATIVO E AS REPERCUSSÕES DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO	55

4.5 DAS REAIS CAUSAS DE INCERTEZA JURIDICA.....	60
5 CONTROLE JURIDICIONAL COLETIVO.....	64
5.1 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E FUNÇÃO JURISDICIONAL CONTRA-MAJORITÁRIA.....	64
5.2 PARTICULARIDADES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS.....	66
5.2.1 Judicialização do interesse público.....	67
5.2.2 O caráter abstrato dos meios de reconhecimento de direitos difusos e coletivos	69
5.2.3 Da difusão contingencial dos interesses transindividuais.....	71
5.3 O PROBLEMA DA CONFLITUOSIDADE INTERNA: O PAPEL POLÍTICO DO JULGADOR E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	72
6 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	78
6.1 CONTROLE JURIDICIONAL DA DISCRICIONALIDADE ADMINISTRATIVA. A DISCRICIONARIEDADE ADVÉM DA NORMA, MAS NEM SEMPRE DO CASO CONCRETO.....	78
6.2 SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL: A OBRIGAÇÃO DE FAZER NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	81
6.3 OBRIGAÇÃO DE FAZER EM FACE DO PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	82
6.4 A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES MATERIAIS E O CONTRA-ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”	84
7 CONCLUSÃO	89
8 REFERÊNCIAS.....	91

1 INTRODUÇÃO

Quando as questões de saúde pública ocuparam grandemente a agenda do Congresso Americano, logo depois da onda tabagista do final do século Passado, as indústrias desse seguimento mostraram a força política que detinham. Após o fracasso das sucessivas batalhas empreendidas no sentido de reduzir o consumo do cigarro, a políticas públicas implementadas só vieram a surtir grandes efeitos concretos com as ações judiciais propostas, na época, por 18 Procuradores-Gerais dos diversos estados daquela Federação. As restrições impostas à atividade, bem como um acordo no valor de 206 bilhões de dólares, despertaram aos processualistas como as ações coletivas são instrumentos eficazes de controle e implementação concreta de políticas públicas.¹

Os direitos transindividuais requerem alto grau de atuação concreta do Poder Público, de modo que hoje se questiona qual o verdadeiro papel da tutela judicial coletiva no *enforcement* de políticas públicas.

É bem verdade que, sob o aspecto jurídico institucional, estamos em um processo de transição em que nos encontramos a “meio passo” de um Estado novo e sobremaneira complexo. Vivemos sobre a égide de uma ideologia constitucional inovadora, que, conquanto tardia, inaugura as feições do *neoconstitucionalismo* entre nós, graças ao processo de redemocratização que reformulou toda nossa estrutura democrática. Estribamo-nos nas bases de um Estado Democrático de Direito fundado sob novas conformações constitucionais. A força vinculante das normas constitucionais, a nova hermenêutica para aferição de seu conteúdo e, principalmente, a ampliação da jurisdição constitucional marcam nossa atual estrutura institucional, da qual repercute a maximização do controle de constitucionalidade e de conformidade dos atos estatais com o Texto Supremo. Hoje, não se restringe o controle dos atos do Poder Público ao mero controle de legalidade, típico do Estado Liberal ou Estado Legislativo formal, alias deixou o interprete de exercer simples papel técnico de subsunção da lei ao caso concreto, agora projeta sua decisão para os efeitos sociais (para além da bipolarização

¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto – Ação civil pública, direitos sociais e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 559.

processual) que dela resultará. Ao evoluir institucionalmente, o Judiciário assume finalmente seu papel político da República e consolida efetivamente sua autonomia.

Será nosso propósito nesta oportunidade, abordar o tema do controle de atos estatais pela via judicial coletiva, mais precisamente do controle de conformidade dos atos proveniente da função de governo e da função administrativa chamado de “políticas públicas”. Significa dizer que intentaremos analisar o controle judicial do conjunto de medidas tendentes à realização de um objeto específico², neste caso, de interesse público, fundamental e/ou definido como difuso ou coletivo. Afinal, colocados constitucionalmente a cargo do Poder Público, o Estado Intervencionista, assumiu para si a implementação integral destes interesses não podendo converter-se em mera promessa simbólica ou inconsequente sob pena de:

(...) o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.³

Ver-se-á que o controle de políticas públicas advém da irradiação que os princípios constitucionais detêm, o que nos leva a repensar se a intenção do constituinte converge à clássica teoria da Tripartição de Poderes, sobre tudo com a presença de funções atípicas como as exercidas pelo Ministério Público, o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Federal.⁴

Enfim, os grandes questionamentos sobre os quais refletiremos nas linhas que seguem serão como exercer o controle daqueles que foram legitimamente alçados no poder e que, como tal, o exercer “em nome do povo”? Se isso for possível, quem exercerá esse controle e principalmente quais serão os seus limites? Ora, o cerne do problema, conforme se verá, parece estar no balanceio entre preservação das funções institucionais com a obtenção dos resultados mais eficiente na implementação de políticas públicas. Se não bastasse, a questão se inflama

² COMPARATO. Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 35, nº 136, abr./jun. 1998, p. 45.

³ RE AgR 271286 RS, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 24.01.2000. No mesmo sentido: AgR 550530, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJE 16.08.2012.

⁴ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 121

quando estamos diante de direitos difusos e coletivos que representam grande parte dos direitos fundamentais apregoados pela Constituição Federal de 1988; nestes casos como atuar diante da omissão governamental ou administrativa, ou ainda como fazer-se realizar a vontade constitucional sem que se ofenda o princípio democrático?

Fato é que o controle de políticas públicas pela jurisdição é reflexo de suas transformações na história, suas novas configurações lhe impingem, finalmente, reconhecimento institucional. Com o agigantamento do Estado a partir da segunda metade do século passado, o Ente transborda de novas funções. Ante a impossibilidade materiais de o Legislativo antever todas as exigências de uma sociedade pluralizada, o Executivo assume a maior parte das competências, considerando a agilidade e maior aproximação material de sua atuação executiva. Nessa perspectiva alguns desvios⁵ podem ocorrer de modo que se impõe ao Judiciário, na qualidade de garante da ordem legal, corrigir a rota dos demais Poderes aos rumos predeterminados pelo constituinte. É sobre estas e outras questões que convidamos o leitor a conosco refletir.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa de Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

2 OS NOVOS RUMOS DA JURISDIÇÃO: MUDANÇAS DE PARADIGMAS E CONTRUÇÃO DO MODELO ATUAL

2.1 INTRÓITO À JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA: CONTRIBUIÇÕES DA TUTELA COLETIVA.

O ajustamento que sistema jurídico tem reservado aos conflitos de massa inaugura entre nós campo inédito de interesses, cuja tutela eficiente exige que reinventemos aspectos atuais da jurisdição. Obviamente, tal ajuste repercutirá alguns estranhamentos ao pensamento privatista liberal, cujo alicerce individualista ainda se experimenta entre nós, seja na aferição material seja na perspectiva instrumental do processo. A superação do liberalismo clássico, proclamada no pós-guerra, parece não ter alcançado o Direito Processual em sua plenitude, máxime o que se experimenta na atuação dos magistrados no âmbito civil. Se é certo que a história concretiza as bases do futuro, ao menos no processo coletivo as perspectivas do liberalismo formal têm se mostrado um legado em boa medida dispensável, dada as novas diretrizes do pensamento jurídico filosófico. É comum encontrarmos decisões em sede coletiva que se exprime nitidamente o comprometimento desnecessário com a estrutura individualizada do processo, idônea à textura social do início do século passado. Isto evidencia que os interpretes ainda não se deram conta, em sua plenitude, da posição política que desempenham na República⁶, tão pouco de seu potencial maximizador dos ideais democráticos no Estado brasileiro.

É por força da lógica que esta afirmação procede: a mais acurada doutrina concorda que os chamados novos direitos exigem igualmente nova forma de aferição da atividade jurisdicional.⁷ Na espécie, o julgador não conhece exclusivamente sobre a *micro relação* dos pretensos titulares de interesses, antes,

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁷ Cf. idem, ibidem. 2005; FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471/485; cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

sua atividade se volta para um plano transcendente inculcando efeitos para além da dimensão intersubjetiva. Significa dizer que, no processo coletivo, a preocupação da tutela do direito assume reflexão mais ampla de prevenção e efetivação de direitos, inculcando sobre si peculiar *concepção normativa*, considerando que ao lançar a decisão, no tempo e no espaço, sua amplitude alcança projeção semelhante à das leis.⁸

Geralmente os litígios coletivos envolvem direitos de grande importância social, colocando o juiz diante de dois ou mais direitos relevantíssimos⁹, de mesma dignidade constitucional. Trata-se do problema da “conflituosidade interna”¹⁰, sobre o qual falaremos mais adiante. Nestes casos, necessária ponderação entre os interesses em conflitos, decidindo o juiz sobre qual direito deve prevalecer em face do outro; há nisto certa dose de escolha por parte do interprete, tal qual na arena política. Assim, em nossa época, a decisão coletiva concretiza, de certa forma, uma atividade judiciária muito mais participativa do que anteviu Montesquieu.¹¹ Mais sobre o assunto tentaremos demonstrar nas linhas que seguem.

Note-se que todo o arcabouço doutrinário no sentido da superação da fase sincrética do processo também serviu para evidenciar à nossa inteligência que aos direitos tutelados na ordem material deve corresponder uma forma igualmente prevista no plano do processo que, espraiados sobre a lógica de efetivação, conferirá *tangibilidade* aos direitos no mundo das coisas. Assim, o processo coletivo por si mesmo explica a extensão e a feição dita quase legislativa dos provimentos jurisdicionais a eles inerente, posto que interesses materialmente transindividuais devem assegurar, modificar ou extinguir direitos com o mesmo *conteúdo abstrato*, só que no âmbito *instrumental do processo*.

De fato hoje, quando se clama por maximização da efetividade processual ou maior intensidade dos ideais de justiça na atividade jurisdicional, talvez se

⁸ ADAMOVIČH, Eduardo Henrique Raymundo. A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva, in GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coord.), Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 506.

¹⁰ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites, ..., 2005, p. 473.

¹¹ MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 1987.

perceba com mais acuidade a antiga confusão entre ação e direito material - ante a *atuação política* do julgador, este não fica mais adstrito unicamente ao âmbito meramente técnico do processo.¹² Experimentamos uma atividade jurisdicional que não apenas declara o direito material, mas cria, conserva, previne o ilícito, manda, modifica e extingue direitos materiais. Nossa jurisdição, pela complexidade dos rumos sociais que enveredamos, evidencia que a conexão entre ação e direito material é maior do que se supunha no século passado. Para o desprazer da visão estritamente positivista, hoje relativizamos a lei formal como o centro de todo direito, como que uma cristalização perfeita de todos os possíveis fatos sociais; nesta conformação arcaica reservava-se ao Poder Judiciário a singela tarefa de resolver as crises por meio da declaração da vontade do legislador, mesmo que em detrimento de qualquer ideal de justiça social.¹³

Graças ao alvitre da *jurisdição neoconstitucionalista* os direitos existentes, ou supostamente existentes (sem uma conformação legal direta), devem ser dirigidos a um judiciário incumbido de recebê-los, enquadrá-los e moldá-los ao ordenamento como um todo e, findo o processo, devolvê-los consertados ao mudo da vida, repleto de equidade, justiça social e dos valores máximos observados no sistema constitucional.¹⁴

A partir desta ideia, conformar a vida à estaticidade dos códigos decorre da tradição histórica autoritária do liberalismo clássico. Como se verá adiante esse período, ao eleger a lei como único fundamento do Direito e exclusiva via de legitimação para a restrição das liberdades, desconsiderou que antes da lei formal o direito decorre também das múltiplas variações de conduta e das várias relações sociais.¹⁵ Portanto, pelas circunstâncias do período, seus teóricos não perceberam que a *tutela efetiva* de direitos decorre da aplicação parcialmente ou, muitas vezes, totalmente alheia às disposições legais. Isto porque impossível ao legislador prever

¹² ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva, ..., 2007, p. 64.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 40.

¹⁴ ADAMOVICH, op. cit. p. 64.

¹⁵ Exemplo dessa perspectiva esta na expressão "direito achado na rua", cunhada por Roberto Lyra Filho, para pensar o Direito decorrente dos movimentos sociais. Seria o encontro dos novos movimentos sociais e o direito, indo para além do legalismo. Cf. FILHO, Roberto Lyra. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 1984.

o grau de equidade e conformação de justiça social que se exige no caso concreto.¹⁶ Ora, antes de representantes políticos, os que legislam são homens, e como tal indissociáveis de seus preconceitos e restrito pela incapacidade natural de previsibilidade dos mais vastos conflitos sociais; máxime na sociedade regulada por uma economia de mercado.

Segundo as novas perspectivas dos interesses coletivos, a tutela jurisdicional não decorre necessariamente da lei formal infraconstitucional, mas da equidade do juiz segundo os méritos e condições sociais das partes, sempre partindo da vontade constitucional. Isto porque, no âmbito coletivo, conforme veremos mais adiante, o interprete enfrenta o conflito de direitos de mesma significação fundamental, impondo mais liberdade à sua apreciação por meio dos princípios gerais do direito, como a proporcionalidade. É por isto que podemos legitimamente falar em coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, relativamente direitos de extensão difusa ou coletiva.¹⁷

O que se pretende evidenciar na primeira parte deste trabalho é como a evolução e ampliação do alcance da atividade jurisdicional, bem como sua feição criativa nos processos coletivos, decorrem de uma necessidade estrutural, impondo flexibilizar categorias clássicas do Estado Liberal, como a Separação de Poderes que nos foi incorporada. Essa nova feição constitucional dos interesses e direitos transindividuais, reforça-se, impõe uma nova visão sobre a atividade jurisdicional, principalmente no que se refere à profundidade cognitiva que impende ao julgador de modo proporcional à escala ampliada do pedido e da causa de pedir cogitada no processo coletivo.

O que será exposto nas linhas que seguem, mantém consonância com o entendimento da mais notável doutrina, no sentido de que devemos assumir nossa identidade jurídica processual sobre as atuais perspectivas do Estado constitucional (ou Estado Democrático de Direito), metodologicamente neoconstitucionalista.¹⁸ As

¹⁶ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva,...., p. 55/65

¹⁷ Idem, ibidem, p. 57.

¹⁸ Fala-se em novos desenvolvimentos teóricos do Direito Constitucional. Neste sentido: cf. BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 224; cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 42.

demandas não mais se satisfazem com o papel residual da lei; antes, sob a égide do Estado constitucional, os direitos se exprimem do sistema como um todo, como um conjunto semântico que prevalece sobre a lei em particular.

Gustavo Zabrebelsky ¹⁹, diz que o Legislativo deve se acostumar a ver suas leis tratadas com parte do direito e não como direito em si mesmo. Para ele os juízes devem atentar para suas grandes responsabilidades perante a “vida do direito”, as quais não se cogitava quando do Estado liberal positivista.

Ao menos no plano teórico, a essência democrática que reforça a estrutura do Estado Constitucional permite que os receios assombradores do medievo, como os desmandos da magistratura em detrimento das liberdades individuais, não mais se repitam. Os juízes não são senhores do direito, mas sim “garantes da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional”, ou seja da “moderada coexistência da lei, direito e justiça”.²⁰

A tradição do direito diretamente associado a uma correspondência legislativa decorre de um período histórico sedento por liberdade individual, mas autoritário por natureza; idealizador da igualdade a qualquer custo, mesmo a custo dos mais valiosos ideais de justiça. O individualismo maculou a evolução dos direitos coletivos sendo tão fortes suas raízes que ainda hoje se respira a perspectiva reducionista, principalmente quanto à representação processual (vide o teor do artigo 9º do Código de Processo Civil em que se reserva quase exclusivamente a legitimação ordinária). Estamos em um processo de superação de um sistema de base privatista, cravado na perspectiva legalista, conforme se evidenciará adiante.

Por ora, é importante associar essas ideias de ordem jurídico-processuais, aos seus elementos históricos-filosóficos para que aclararemos as bases do nosso sistema e, a partir deles, superar os percalços rumo a uma atividade jurisdicional não meramente instrumental, mas dialética e criadora em sede coletiva.

Buscaremos, nesta primeira parte, examinar as linhas da jurisdição na experiência histórica, bem como seus vícios ideológicos do passado. Essa análise nos servirá para que, mais à frente, possamos mergulhar em alguns pressupostos

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 7ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 62/63.

²⁰ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo,...., 2007, p. 64.

teóricos de superação das bases eminentemente liberais, pois, pelo que vimos, tenciona-se atualmente uma posição mais efetiva, política e criadora na jurisdição coletiva brasileira.

2.2 A NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO LIBERAL

2.2.1 A ascensão positivista: supremacia legislativa e jurisdição minimizada

Se afastarmos nossa perspectiva do ponto de vista da vida individual do sujeito e passarmos a considerar a estrutura social como um todo, vale dizer, o âmbito complexo e sempre vivo das sociedades humanas, teremos por objeto a história. É certo que um indivíduo sozinho não faz história; o antigo exemplo de que o naufrago Robinson Crusóé nada se lhe reservaria na história é procedente, posto que ninguém lhe experimentou a experiência do exílio. Portanto, a perspectiva histórica do direito certamente só se fará útil se observarmos em contexto social.

É de Norberto Bobbio, a construção da alegoria dos “diques” que, como sempre em uma perspectiva normativista, tenta nos evidenciar o conteúdo normativo das bases da história humana. Para o jurista italiano, poderíamos imaginar a história como um “imenso mar de gente”, cuja contenção das águas reserva-se a um sistema constituído por diques. As barragens, ou diques, cumprem, em um sistema de controle de águas, o papel de retenção do fluxo para fins de prevenção de inundações ou aproveitamento energético. No mar devastador das paixões humanas as regras de condutas cumprem o papel dos “diques” ou barragens. Tais regras, sejam religiosas, morais, sociais ou jurídicas retêm o escoamento dos instintos do homem para que se possa, em fim, constituir a estrutura estável de uma sociedade organizada, chamada de “civilização”.²¹

Portanto, há sem dúvida, um ponto de vista normativo no estudo e compreensão da análise histórica, pois uma sociedade se caracteriza a partir de

²¹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito, 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes Editora, 2011, p. 16.

como se organiza seus estamentos normativos no corpo social; significa dizer que o conjunto de condutas aceitáveis e reprováveis, ao se sucederem no tempo, determinam as ações dos agentes e a forma de interação social, portanto, constituem as bases da história de uma civilização.

O historiador que negligenciar a perspectiva normativa das sociedades, culminar em uma análise rasteira do seu objeto:

Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, no final das contas, perguntar quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se orientava a vida de cada indivíduo.²²

O homem medieval, o homem da primeira modernidade e o homem contemporâneo certamente experimentaram diferentes faces do fenômeno normativo. Nas várias transformações do pensamento do homem, impingiram-se revoluções às estruturas impostas; pelos fundamentos da razão humana questionou-se a utilidade de ideologias superadas ou desgastadas pelo privilégio de uns sobre os outros, sem qualquer respaldo racional. Parece que a evolução não se opera apenas nas estruturas biológicas, mas também no pensamento humano que, ao longo dos tempos, se adapta às mutações do organismo social. Certamente essa sucessão de pensamentos e ideologias são os propulsores da história humana, cujas bases de concretização são toda sorte de normas, principalmente as de cunho jurídico, conforme disse Bobbio, no trecho citado.

Assim, releva-se a importância da análise histórica que aqui se empreende, pois perguntas como: “por que uma atividade jurisdicional, formal e alheia aos ideais de justiça se justificou no passado?” ou “por que se experimentou a supremacia do legislativo, mesmo que em prejuízo dos ideais fundantes do ordenamento, como a justiça material?” só serão passíveis de resposta se precedidas da análise do sistema normativo que imprimiu certa marca à vida daqueles homens do passado. O histórico normativo é capaz de nos evidenciar as circunstâncias sociais, filosóficas e políticas de determinado período.²³

²² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito, 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes Editora, 2011, p. 16.

²³ Idem, ibidem, p. 17.

Historicamente, nem sempre o contexto político ideológico legitimou a possibilidade de um Judiciário politicamente atuante como hoje. O controle dos atos legislativos e executivos segundo sua conformidade com o Direito (como um todo unitário, incluindo princípios e diretrizes constitucionais) foi estruturalmente inconcebível no passado. Vejamos o porquê.

Como fruto de toda revolução, o Estado Liberal acometeu-se de grade comoção e aversão do regime anterior. Os descomedimentos das tradições absolutistas do antigo regime impuseram a liberdade como valor fundante da existência humana, de modo que qualquer restrição a esse valor inato aos sujeitos deveria advir de uma fonte pejada de legitimidade. Decorreu que a imposição do Estado Liberal previa a observância invariável do princípio da legalidade, erigindo a lei como ato supremo em sua estrutura de legitimação do poder estatal. Via-se uma abstração jurídica rígida, absoluta, erigida para que os abusos absolutistas, essencialmente subjetivistas, não mais interferissem nos ideais burgueses.²⁴

No combate ao antigo regime, a produção legal teria a função de legitimar as ingerências na liberdade individual, sua produção deveria observar os critérios de legitimação popular, por meio de representação política. A lei passou a ser definida como ato de cooperação do cidadão, de tal modo que o império da lei convertesse-se em império da representação popular. Mas, essa perspectiva produziu o contrário dos efeitos esperados, pois se trocou o absolutismo do rei pelo absolutismo parlamentar, cujo procedimento sempre na história foi dotado de forte carga subjetiva.²⁵

Pode-se afirmar que, deferentemente da *comun law*, os países de tradição associada ao princípio da legalidade tiveram toda a lógica do Direito reduzido à letra da lei. Com efeito, esse foi o nosso caso. Ainda, com a supremacia da assembleia parlamentar, os ideais jurídicos liberais acabaram por reafirmar o papel da lei nos mesmo moldes do Estado absolutista, pois conforme consignado na clássica fórmula de Hobbes, "*auctoritas, non veritas facit legem*"; a lei valeu precisamente como ordem, não como qualidade lógica ou moral.²⁶

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil, vol.I, ... p. 30.

²⁵ Idem, ibidem, p. 26.

²⁶ Idem, ibidem, p. 27.

Esta teoria estadista do direito é produto histórico dos grandes Estados modernos, responsáveis pela dissolução da sociedade medieval. O medievo foi marcado principalmente pelo seu pluralismo jurídico, decorrente muitas vezes de uma percepção naturalista acerca do direito. Em seu seio, conviviam vários ordenamentos jurídicos que, nem sempre confluentes entre si, ditavam as soluções das crises sociais conforme seus âmbitos de abrangência: haviam ordenamentos jurídicos universais que operavam acima da sociedade nacional, tal como a igreja e o império e os ordenamentos particulares, abaixo da sociedade nacional, como os feudos e as comunas. Até mesmo a “Família” (hoje entendida como instituição protegida pelo Estado) era um ordenamento à parte, segundo o ideário cristão foi neste período considerada *societas naturalis*.²⁷

Assim, antes da Grande Revolução, ou da criação do princípio da legalidade, o direito não decorria exclusivamente da lei, mas de um vasto número de outras fontes principalmente da doutrina e jurisprudência.

Já o Estado liberal, edificou-se por meio da eliminação ou incorporação dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores do Antigo Regime, mediante um processo que Bobbio²⁸ denominou de “monopolização da produção jurídica”. Significa dizer que aglutinou toda e qualquer fonte de produção jurídica sobre si, a fim de refrear os desmandos do antigo regime.

O poder, aqui entendido como a capacidade que certos agrupamentos sociais reúnem para a produção de normas de condutas válidas e de observância obrigatória à totalidade dos membros da comunidade, dispendo de forte aparato coator para fazer-se respeitar (poder coativo), caminhou, com o liberalismo, para um processo de centralização em um único ente abstrato. Operou-se na modernidade a supressão total dos centros de poder inferiores ou superiores ao Estado, o que resultou na eliminação de toda a produção jurídica que não proviesse do próprio Estado.²⁹

Como dissemos acima, no Estado Liberal o critério identificador do direito era a lei, cuja exteriorização consubstanciava-se exclusivamente nos limites da produção legislativa. Contudo, a legalidade pressupunha um esquema de

²⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma, ..., p.22/24.

²⁸ BOBBIO, 2011, loc. cit.

²⁹ BOBBIO, ob. cit., p. 23.

organização, com delimitações de competências que, no período, reforçaram um sentimento de privilégios entre os estamentos da distribuição do poder estatal. Vai daí que a construção do raciocínio pautado na legalidade não priorizava os ideais de justiça na aferição do direito; sua legitimidade se exprimia unicamente por um critério formal, vale dizer, se a produção emanava ou não de autoridade com competência normativa. O princípio da legalidade pautou todo o sistema jurídico liberal clássico, tendo como função precípua o reconhecimento de legitimidade das normas vigentes; só seriam existentes e válidas as normas que atendessem à forma de produção exigida.³⁰

O que pretendemos evidenciar é que o princípio da legalidade, construindo inicialmente em prol da *reserva da liberdade humana*, acabou por atribuir ao Parlamento, na Europa continental, todo o poder político do período, pois, como já dito, a supressão da liberdade individual só se operaria mediante a reserva da lei, cuja legitimidade deveria observar a cooperação do povo, representado pelo Parlamento.

O direito do Estado liberal estava concentrado nas mãos de um único órgão, consolidando-se nítida posição de supremacia do Legislativo. Não apenas o Judiciário foi entendido como poder nulo, mas também a Administração pública ficou restrita à atuação negativa, já que só atuaria, em concreto, se houvesse prévia permissão legislativa neste sentido.³¹

Note-se que não pretendemos fazer uma análise anacrônica do período, vale dizer, olhar viciadamente o Estado liberal com os olhos hodiernos; tal seria um método desleal a qualquer intento científico. A conformação político jurídica essencialmente formal se fez necessários para conter as arbitrariedades de um órgão julgador corrupto e altamente subjetivado (a magistratura), fruto do antigo regime. Em verdade, o que se pretende é consignar suas características para compararmos mais à frente as medidas de sua superação atual.

Pois bem, juízes anteriores à Revolução Francesa estavam tão íntimos do poder feudal que se recusavam a atender qualquer pleito do legislador que fosse contrário a seus interesses. Seus cargos eram hereditários e negociáveis, de modo

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil, vol. I, ..., p. 25/31.

³¹ Idem, ibidem, p. 27.

que compunham o patrimônio individual do julgador. Obviamente estes sujeitos guardavam grandes interesses na manutenção da monarquia absolutista; em razão disso sustentavam uma posição conservadora em razão dela.³² Contudo, nem todos os magistrados mantiveram este espírito:

O Conde de Montesquieu nasceu em uma família de magistrados, portanto íntimo conhecedor das iniquidades cometidas pela classe - pelo menos o suficientemente para denunciá-las e propor os freios para seus desmandos. Suas experiências sociais o levaram a concluir que a liberdade só se associaria ao Estado se o “poder de julgar” estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, e, principalmente, se ao juiz fosse reservada a única função aplicadora da lei, sem a qualquer atividade interpretativa.

Evidentemente que sua intenção, ao compor a Separação dos Poderes como um dos alicerces do Estado Liberal, não foi vincular o princípio da legalidade à supremacia legislativa, até porque, conforme preleciona Jean Carbonnier³³, Montesquieu, entendida que o legislativo não portava idoneidade moral, posto que enquanto homens seriam havidos pelo poder. Porém, como o direito ficou adstrito exclusivamente à lei e considerando que o único critério de validade da lei era formal (competência legislativa da autoridade produtora), ficou difícil controlar os impulsos do legislativo. Ora, se a lei era o único meio de interferir nas liberdades individuais e sendo o Legislativo o único poder competente para sua edição, reuniram-se todas as condições para a supremacia parlamentar.

Note-se que a ideia do legislativo como “poder central”, era, na teoria, concretizar um ordenamento jurídico perfeito em si mesmo. A lei e os códigos seriam tão claros e evidentes que não comportaria outros tipos de interpretação, senão a simples gramática do texto legal. Seria tão perfeito que o julgador não precisaria dispender energia raciocinando em cima dela; as crises sociais resolver-se-iam pela simples aplicação da lei ao caso concreto, sem que fosse necessário recorrer às

³² BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 241.

³³ Segundo Carbonnier, Montesquieu sabia que as leis sempre se comunicariam com as paixões e os preconceitos do legislador, que por vezes se incorporam e se mantêm no âmbito de seu comando. CARBONNIER, Jean. *Essais sur les lois*. 2ª ed., Paris: Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 256/258, apud ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo*,..., 2007, p. 63.

normas e princípios constitucionais.³⁴ Daí a impossibilidade de um controle judicial, ou mesmo executivo, nas atividades do Legislativo, absoluto em si mesmo.

2.2.2 As raízes teóricas da jurisdição liberal clássica

Para esta racionalidade perdurar durante tantos séculos e ainda fazer-se sentir nos dias de hoje, logicamente que, por de traz de seus fundamentos, existiu uma ideologia na mesma medida coesa com a estrutura social daquele período. Exigiu-se a formação de uma teoria que viabilizasse fontes de pensamento bem amarradas a um ordenamento formal e essencialmente individualista.

A toda evidência, fitamos nesta parte perquirir acerca da estrutura teórico filosófica da jurisdição liberalista, a fim de traçarmos um paralelo com atual lógica institucional dita neoconstitucionalista.³⁵

Antes de tudo, acuremos: vamos nos ocupar, com maior afinco, das transformações ocorridas na época em que se reuniram as características principais do Direito Moderno, vale dizer, as ondas de consolidação das concepções positivistas com elevação do Direito à objetividade científica. Nosso objeto no tempo se resume ao interim entre o século XIX e início do século XX, incluindo aí o período do chamado “entre guerras”. Contudo, releva demarcarmos alguns cardeais anteriores, para melhor localização histórica.

Como dito, foi sobre as ruínas do feudalismo que se assentou o Estado Moderno. No início, a prática jurídica fazia sentir certa nostalgia aos alicerces comum do direito romano, todavia sem a pretensão racional de codificar as normas em diplomas sistematizados. Na transição europeia do absolutismo monárquico para o liberalismo parlamentar o Direito incorporou as ideias do *jusnaturalismo racionalista* do século XVII e XVIII, o que explica à nossa inteligência os movimentos de codificação influenciados por Napoleão em 1804.³⁶

³⁴ Nesta época as constituições não dispunham de força normativa, senão apenas simbólica. MARINONI; ARENHART. Curso de processo civil, vol. I, ..., p. 32.

³⁵ BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 224; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 42.

³⁶ BARROSO, op. cit., p. 229.

O jusnaturalismo foi uma das maiores influências filosóficas do Direito. Estribado na existência de um direito natural, seus ideais fundados na razão humana revolucionaram todo um período, a fim de justificar suposta vinculação entre Direito e moral. Existiria na sociedade um âmbito de pretensões humanadas legítimas, as quais não decorriam de um comando positivo do Estado, ou seja, não obedeceriam aos critérios formais de produção legislativa. Este, o Estado, não estaria acima do conjunto de regras da natureza, já que antes de sua criação, vale dizer antes de se formular o contrato social (nos termos propostos pelos contratualistas), as normas naturais já existiam. Considerando que decorrentes de uma “ética superior”, todo o aparato estatal devia submissão ao direito natural.³⁷

Os ideais jusnaturalistas são de difícil compreensão, principalmente porque o conceito de direito natural, além de sua abstração peculiar, se mostra na história sobre várias perspectivas diferentes, no entanto, o Professor Luiz Roberto Barroso³⁸, pôde sintetizá-los em duas versões: a) como lei descrita pela vontade de Deus, cuja subjunção compete ao homem em seus atos da vida; b) como lei essencialmente racional, secular, alheia aos ideais da providência.

O direito natural moderno irá se fundar nesta segunda versão. Procurando abstrair-se do dogmatismo medieval e afastar-se dos ideais teológicos, os jusnaturalistas associaram-se à natureza e à razão humana para inovar uma ordem jurídica centrada na laicidade do Estado.³⁹ Este período inicia-se no século XVI e consolida-se no final do século subsequente.

Neste período, desenvolvem-se os ideais de conhecimento racional e liberdade individual sobre toda atividade humana, conquistas dos movimentos revolucionários antiabsolutista. Tudo isso viabilizou uma alteração do ambiente cultural, não mais encharcada de abstrativismos e controle social clérigo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e acaba por associar-se à revolução intelectual do Iluminismo - inerente às vitoriosas ideias renascentista do século XIV.⁴⁰ Essa associação, quase que perfeita, promoveram as duas maiores

³⁷ BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 235/238.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima, O Direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 188.

³⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política, vol. 1, São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 567

⁴⁰ O Iluminismo foi a revolução intelectual que se operou na Europa, principalmente na França, no século XVIII. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivar a investigação

conquistas do mundo moderno: A tolerância religiosa e a limitação do poder Estatal.

41

Para além disso, a doutrina do direito natural foi o alicerce jurídico-filosófico das revoluções liberais, o que justifica todo seu rigor individualista. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴² e, anteriormente, a Declaração da Independência Americana⁴³, estão repletas dos pensamentos jusnaturalistas, principalmente do pensamento filosófico contratualista de John Locke antecedido por Rousseau e Hobbes.⁴⁴ Esses eventos acabaram por caracterizar na história o Estado Liberal, inclusive marcaram o início da trajetória do constitucionalismo moderno, mas, principalmente, promoveram a chegada da burguesia ao poder político do Estado.⁴⁵

Completada a revolução burguesa, o liberalismo jurídico clássico se enveredou mais uma vez às ideias do iluminismo, agora com o movimento de codificação dos direitos no século XVIII. Em nome de sua clareza e simplificação a inspiração napoleônica do Código Civil Frances, seduziu em grande medida a tradição romano-germânica, afinal se buscava um método cada vez mais racional de aferição do Direito. Assim, viram como interessante a elaboração de códigos racionalmente estruturados. Isto significou reunir as normas de modo sistematizado em torno de um determinado assunto, que lhe serva de gênero específico. Precisamente, foi este o apogeu do direito natural, pois estruturando o Estado Liberal com priorização de constituições escritas e com o sucesso das codificações normativas, simbolizou a superioridade de seus meios e sua supremacia como pensamento jurídico.

científica, promoveram a gradativa separação entre o campo abstrato da fé (religião) e da razão (ciência), inculcando significativa transformação na forma de agir e pensar do homem.

⁴¹ BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 237.

⁴² Nela contêm os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem. O artigo 2º traduz os fins políticos do contratualismo consignados na conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem: a propriedade, a segurança e resistência à opressão.

⁴³ A Declaração, escrita por Thomas Jefferson, faz referência às leis da natureza e ao Deus da natureza: "Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a Busca da Felicidade".

⁴⁴ Cf. HOBBS, Thomas. Leviathan. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

⁴⁵ BARROSO, op. cit., p. 237.

Contudo, o racionalismo foi justamente o grande algoz jusnaturalista. Tal pensamento não resistiu à evolução de seus próprios fundamentos. Uma vez codificado, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”.⁴⁶

Com a Escola da Exegese o Direito natural acaba por aproximar-se sobremaneira da lei, já que, no intento de romper com a subjetividade dos juízes, a interpretação exegeta priorizaria a gramática do texto legal de forma racional e objetiva. Com o tempo o resultado foi a superação histórica jusnaturalista, posto que não mais se distinguia o direito natural, cultivado ao longo dos tempos, daquilo que constava nos ordenamentos positivados. A revolução transfigurou-se em conservação, pois: “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”.⁴⁷

Foi sobre os resquícios da razão jusnaturalista, que a *vertente filosófica positivista* clássica, também vinculada às ciências naturais, se encaixou perfeitamente aos fundamentos jurídicos liberais do século XIX. Como dito, o corolário burguês consistia em evitar as paixões na aferição do Direito e na aplicação da lei ao caso concreto. Restringir a atividade do julgador ao cerne da ideia de “*la bouche qui prononce lês paroles de la loi*”, foi entendida como a essência da liberdade individual.⁴⁸

O método científico filosófico positivista foi migrado para os domínios do direito, pressupondo que, como nas ciências naturais, em que o cientista veste-se de objetividade na observação do objeto, não poderia ele lançar mão de métodos outros que não os racionais objetivos, livre de possíveis contaminação subjetivas. Nestes casos as proposições de verdade ou falsidade do objeto encontra-se puramente nele mesmo, não nas elucubrações do observador. Isto também se aplicaria à atuação jurisdicional.

Portanto, “o jurista sempre chegaria a uma proposição correta ou falsa na descrição do direito, como se físicos ou químicos fossem”.⁴⁹ Denota-se que a

⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História.,..., p. 188.

⁴⁷ BARROSO 2009, op. cit., p. 238.

⁴⁸ A ideia do juiz como “boca da lei” esta expressamente consignada na obra de Montesquieu: “Mas os juízes na Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia a palavra da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. MONTESQUIEU. O espírito das leis, Saraiva, 1987, p. 176.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I.,..., 2009, p. 32.

ciências naturais não encontram variáveis além daquelas existentes na própria natureza; é por isto que seus resultados diante do observador são previsíveis e controláveis em laboratório. Esse controle e previsibilidade metodológicos também seriam, segundo esta corrente, possíveis no âmbito do Direito, pois limitar-se-ia às previas disposições do legislativo - como se este fosse o ambiente natural intransponível do sistema normativo.

O núcleo da atividade do juiz positivista estava na observação, seguida da explicação da norma no caso concreto. Note-se a intenção delimitadora entre poder de aplicação e poder de criação do direito. Separada as “competências”, se romperia, ao menos na teoria, como o regime plural e iníquo do absolutismo. Somente o legislativo, estribado na legitimidade da representação popular, poderia criar o direito; à jurisprudência e doutrina incumbia a função descritiva e explicativa.

Assim no positivismo clássico o magistrado não se preocupava como o conteúdo da norma, pois a validade da lei correspondia unicamente à análise de sua observância aos requisitos formais de produção, vale dizer se emanada de autoridade com competência normativa. Nesta perspectiva, o ordenamento seria dotado da *máxima completude*, pois perfeito em si mesmo, supostamente isento de lacunas, tornava-se teoricamente hábil à solução efetiva de todos os conflitos que surgissem no seio social. Isto talvez explique a displicência da jurisdição liberal com os valores de maior relevância social.⁵⁰

É interessante que, conforme preleciona Mauro Cappelletti⁵¹, não foi apenas o legislativo que manteve interesse na manutenção da estrutura jurídica desse período. O positivismo foi responsável por relevante simplificação das responsabilidades e atribuições dos juízes, promotores, advogados, professores e aplicadores do direito em geral. Reduzidos a uma atuação mecânica de aplicação das normas, aqueles advindos de uma formação positivista clássica sustentam os estandartes desse comodismo até hoje; em nome de uma posição conservadora

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, passim.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee, Bologna: Il Mulino, 1994, p. 72, apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 32.

reduzem a atividade forense à mera predisposição silogística, sem a análise de toda a complexidade envolvida na crise social que sobre si é confiada.⁵²

A substituição da justiça racional, pela certeza do direito positivista, custou caro a toda ciência jurídica. Afinal, “jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos de ciência naturais para a área das humanidades”.⁵³ O Direito não pode ter uma pretensão meramente descritiva sobre a realidade se quiser de fazer justiça; antes a prescrição comporta um *dever ser* convertível e amoldável ao plano dos fatos. Se o Direito é uma ciência feita pelos homens e para os homens, não podemos entendê-lo com um *dado* em si mesmo, mas sim como *criação* humana.

Ademais, sabe-se que nas ciências humanas a interação entre observador e objeto (*in casu*, entre interprete, norma e fato) ocorre sobre incessante conflito de consciência (que nem por isso deixa de ser racional), sendo inoperável um resultado puro, perfeitamente estéril da abordagem científica.

Não pretendemos nos estender acerca da derrocada do positivista do início do século passado, mas o fato é que “em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subproduto do positivismo histórico, serviram de disfarce para autoritarismos de matrizes variadas. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma, tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida”. A metade do século passado tornou-se o mais infeliz laboratório dos desgastes que o autoritarismo, justificado pela lei, pôde evidenciar.

2.2.3 O tropeço liberal e a derrocada positivista

Luiz Roberto Barroso atribui a decadência do positivismo jurídico à derrubada do regime nazi-fascista na segunda metade do século passado. Afirma o autor que estes eventos teriam como resultado a inauguração da nossa atual conformação do pensamento jurídico, pois após a segunda grande guerra

⁵² “Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subproduto do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matrizes variadas. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.” BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, ..., p. 241.

⁵³ BARROSO, 2009, loc. cit.

emergiram os Estados de bem-estar social de cunho intervencionista (*welfare state*). Contudo, tomamos a liberdade de abrir um parêntese para irmos além das palavras do eminente constitucionalista e tentarmos justificamos a ruína positivista um momento antes, vale dizer, quando do surgimento de tais movimentos totalitários. Ora, foi característica inconfundível do fascismo de Mussolini o rompimento com o “antropocentrismo liberal”, pois a própria palavra totalitarismo “refere-se a uma concepção política que se mostra em franca oposição à doutrina do cidadão abstrato, do homem soberano, criada pelo liberalismo”.⁵⁴

Antes da queda fascista, tal movimento já se opunha contra as bases positivistas do século XIX. Mussolini mostrou-se avesso à ideia de o Estado se curvar à liberdade individual, mesmo que valor essencial do ser humano. Com os resquícios organicistas de Platão⁵⁵ a percepção do ditador convergiu para a supremacia da sociedade em face do indivíduo, cabendo a este mera sujeição aos ideais do Estado, enquanto expressão de vontade comunitária.

Tanto para o fascismo como para o nacional-socialismo, os ideais advindos da Reforma protestante e da revolução jusnaturalista (século VI ao VIII) não se conformavam com as formatações políticas do regime que se operava. A sociedade não teria vida dissociada do indivíduo; *o indivíduo é o fim e a sociedade o meio*.

Note-se que todo direito do indivíduo não decorreria dele mesmo pela simples condição humana, antes todos os direitos individuais não seria mais do que conceições do Estado; só haveria liberdade se o Estado a concedesse. Portanto, absoluta a vontade estatal e relativa à vontade individual.⁵⁶

Assim, nos parece razoável que a superação do positivismo clássico já se operara com a tomada do poder totalitário na primeira metade do século XX. O foco do Direito deixa de ser a proteção das liberdades individuais e passa, através da lei

⁵⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria geral do Estado, 3ª ed., Barueri, SP: Manole, 2010, p. 215.

⁵⁵ A República, de Platão, era um de seus livros prediletos. No pensamento filosófico grego podemos encontrar algumas tendências totalitárias, entendidas como o germe do autoritarismo italiano, máxime as tendências xenofóbicas, como podemos verificar, principalmente no Livro Primeiro, Capítulo II de *A República*: “É normal que os gregos governem os bárbaros, eis que, por natureza, bárbaro e escravo são a mesma coisa”.

⁵⁶ ACQUAVIVA, op. cit., p. 216.

formal, a cultura a autoridade invariável do Estado (fascismo) ou a vontade irrefutável do Führer (nacional-socialismo).

Fato é que a imposição totalitária do século XX, contou com o respaldo da lei para legitimar sua ascensão ao poder, afinal poder sem algo que legitime sua imposição não perdura no tempo. O nazi-fascismo foi a prova de que boa retórica somada à forte comoção nacional e grandes investimentos em marketing político é a fórmula eficiente para alterar a percepção de toda uma nação em favor de ideologia minoritária. Uma vez direcionada a opinião popular, torna-se simples a tarefa de produção normativa.

Assim as sandices do regime nazista não decorrem unicamente de critérios subjetivos dos líderes de sua época, antes, tiveram o mais legítimo apoio da lei formal editada pelo Führer. Inclusive, em Nuremberg, chamou muito a atenção como a “reserva da lei e o cumprimento de ordens superiores” foram os maiores fundamentos de defesa dos acusados.⁵⁷

Neste particular, mesmo que as bases do positivismo tenham ruído com a emergência das ideologias ditatoriais do período, seu rigor formalista permaneceu para concretizar a estrutura de poder altamente centralizado.

Considerando que “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas ‘leis raciais’ regularmente editadas e promulgadas”⁵⁸, restou claro aos pacifistas e sensatos juristas da época que uma vez encerrada a Segunda Guerra Mundial, além da Europa posta em ruínas, a aplicação do Direito deveria também renascer de si mesmo. Este foi o momento de reflexão acerca dos ordenamentos jurídicos imunes a valores éticos, dos sistemas baseados exclusivamente na formalidade da lei como se esta fosse um invólucro revestível a qualquer situação. A despreocupação da aferição de justiça em favor de um ideal turvo de “igualdade entre os homens” fora posto em xeque.

⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, ..., p. 242.

⁵⁸ BARROSO, 2009, loc. cit.

Portanto, a fadiga positivista é fenômeno relativamente recente. Estamos em meio a um processo de superação inacabado, mas (in)felizes sucessores dos resquícios de um período deturpado acerca dos ideais de justiça social. O individualismo processual ainda se impõe, a preponderância patrimonialista ressarcitória ainda gravita em torno do escopo processual, os juízes ainda não se deram conta de sua função jurisdicional política no âmbito transindividual como é o caso da tutela coletiva, mas já se reconhece a importância do acesso à justiça, de supressão das desigualdades materiais no processo e de que a lei não tem um fim em si mesma.

Com efeito, o desgaste político do positivismo inaugurou um novo período de intensa reflexão filosófica e social, sobre tudo acerca da interpretação do direito. Costumou-se denominar de período *pós-positivista*, influenciado pela teoria dos direitos fundamentais.⁵⁹ Conquanto de natureza provisória, vivemos nele um ideário difuso, onde já se experimenta a aplicação da justiça para além da letra da lei, buscando não apenas assegurar igualdade formal, mas, sobretudo, conferir a igualdade material mínima.

A verdade é que a trama social contemporânea se enveredou a contrassenso da jurisdição asséptica (liberal clássica), posto que, seduzida pela consecução de liberdade individual a todo custo, negligenciou os ideais de justiça. Tais ideais estruturam o Estado Democrático de Direito, sobretudo porque pertinentes a direitos sobremaneira relevantes que quase sempre legitimam os conflitos coletivos. Se tal e assim, e se vivemos uma nova conjuntura filosófica do Direito, vejamos do que se fala quando aludimos acerca das novas perspectivas da Jurisdição que movimentaram a administração da Justiça no Estado de Direito pós-positivista.

⁵⁹ BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, ..., p. 242.

3 TRANSFORMAÇÕES DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Ao final da primeira metade do século passado, derrubados os regimes totalitários, fincados os Direitos Universais do Homem⁶⁰ e contabilizadas as mazelas da guerra, o mundo se viu na incumbência de reconstruir não só os prejuízos materiais, mas, sobretudo, os prejuízos institucionais das nações saturadas. Vai daí que a onda constitucional que sucedeu não se limitou apenas à criação de novas constituições, novas cartas materialmente inócuas e desprovidas de força normativa. Pelo contrário, proporcionou outra perspectiva teórica de aferição dos direitos; um novo modelo, inspirado no sucesso americano, cujo corolário visa, principalmente, submeter integralmente a ordem jurídica à supremacia volitiva da Lei Fundamental.⁶¹

As regras e princípios aglutinados pelo Estado Constitucional de Direito, ornamentam o Texto Supremo de *legitimidade superior*, de força normativa e vinculante a todo o sistema normativo. O pensamento neoconstitucionalista adere às novas circunstâncias sociais ao pressupor, em um único instrumento, o lócus central de confluência de toda legitimidade político jurídica do Estado. Analisemos a gênese e pressupostos básicos desta conformação institucional.

⁶⁰ Consignados na *Declaração Universal do Homem* proclamada pela ONU em 12.12.1948, tratam-se de direitos inatos ao ser humano pelo simples fato de existir, ou melhor, como caracterizou o relator Charles Malik, nos trabalhos da Comissão dos Direitos do Homem da Nações Unidas: “a expressão Direitos do Homem refere-se obviamente ao homem e, como direito só se pode designar aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidental, que não surge e desaparece na mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertença ao homem como tal”. MALIK, Charles, apud MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 813.

⁶¹ A exemplo a “Lei Fundamental de Bonn”, ou Constituição Alemã de 1949, que foi o grande pilar da evolução científica do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica, principalmente pela criação do Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951, pelejou rumo à expansão da jurisdição constitucional. Registre-se também a Constituição Italiana, promulgada em 1947, com a criação da Conte Constitucional 1956 e a reconstitucionalização de Portugal em 1997 e da Espanha em 1978. Todas assumiram as tendências da nova aferição constitucional do Direito, por influência do bem-estar institucional dos americanos.

3.2 CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O processo de superação e aprimoramento do Direito é contínuo e essencialmente dialético. Certamente nosso objeto estará sempre inserido em uma esteira impulsionada pela história, cuja produção de contrassensos, além de enriquecer o debate, desenvolve superações e reformas estruturais do próprio sistema.

O fracasso da “Jurisdição positivista” abriu caminho para um conjunto de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Estamos, por assim dizer, em processo de transição que nos incita à ponderação dialética acerca das novas características da Função Jurisdicional.

Linhas atrás, esboçamos a evolução das principais conformações institucionais que se sucederam até a presente quadra. Nos últimos quinhentos anos, podemos identificar três bases institucionais diversas, cada qual dotada de peculiaridade específica que incutiram diferentes papéis ao Direito, principalmente sobre sua interpretação.⁶²

Derrocado o *Estado Pré-moderno* (absolutista), cuja vastidão das fontes impingiu-lhe abstração contrária aos ideais de racionalidade, abriu-se espaço ao *Estado Legislativo de Direito* (liberal) que, sobre o abrigo metodológico positivista, estribou-se na formalidade estrita o que desencadeou elevado grau de injustiça em nome da segurança jurídica. A atuação meramente descritiva do interprete e o sobrelevo do Legislativo face às demais instâncias de poder, foram as marcas determinantes deste período, cujos saldos restou vasta desigualdade social conforme dissemos acima.

Ao sabor das modificações sociais, presenciou-se na segunda metade do século passado, a “dissolução da vontade homogênea do Legislativo”⁶³, abafada pela concretização das bases institucionais do *Estado Constitucional de Direito*. Filosoficamente avassalador pelas circunstâncias do período, “desenvolve-se a partir

⁶² BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, São Paulo: 2009, p. 243.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 42.

do término da segunda Guerra Mundial, se aprofundando no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida”.⁶⁴

O princípio da legalidade, antes legitimador apenas de igualdade meramente formal, se transfigura em garantia de justiça material.⁶⁵ A validade da lei passa a não depender apenas da observância dos critérios de processo legislativo, mas, sobretudo, da compatibilidade de conteúdo com as normas constitucionais. “Mais do que isto: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação”.⁶⁶

Nesta égide, a jurisdição supera sua percepção asséptica acerca de sua fonte principal: o comando formal da lei. Consolidando um raciocínio indutivo sobre os procederes do Poder Público, a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.⁶⁷

Precisamente, esse é o objetivo dessa parte: evidenciar a evolução histórica da lógica inaugurada pelo Estado Constitucional de Direito que imputa ao interprete o comprometimento de maximizar a força vinculante da Lei Suprema face direitos relevantíssimos. Ao final, perceberá o leitor que a atividade jurisdicional desassocia-se da legalidade extrema do período anterior, passando o juiz a analisar o direito também sobre a perspectiva do constituinte apregoada no texto constitucional. Em razão disso assume possibilidades de controle de dos atos do Poder Público, desde que em defesa da Constituição.

Contudo, para tal esforço, urge olharmos um pouco atrás e mergulharmos na “Teoria Geral do Estado de Direito”, se é que assim pode-se denominar o estudo evolutivo desse conjunto abstrato de conformações político jurídicas, de natureza prioritariamente ocidental. Por certo, uma perspectiva panorâmica sobre a evolução das estruturas dos estados nacionais irá nos fornecer os elementos principais que, justapostos, viabilizaram a genealogia do Estado Constitucional contemporâneo, ou

⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, ..., p. 244;245.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, vol. I, ..., p. 42.

⁶⁶ BARROSO, 2009, loc. cit.

⁶⁷ Idem, ibidem, loc. cit.

Estado Democrático de Direito. Com essa análise talvez possamos compreender melhor os propósitos neoconstitucionalistas e, por conseguinte, os novos rumos da jurisdição brasileira.

Como sempre comprometido com a melhor forma de exposição didática, o luso constitucionalista, Joaquim José Gomes Canotilho, conceitua o Estado de Direito, ou melhor, os “Estados de direito” (considerando suas várias feições), pela via da *exclusão conceitual*. Se nos sobrevém a pergunta: o que não é Estado de Direito? Nos restará, para encaminhar a resposta: tudo o que não é “Estado de não-direito”.⁶⁸

Segundo o ator, algumas características, reunidas no “plano das ideias”⁶⁹, configurariam um “Estado de não-direito”, quais sejam: as bases em que se finca o poder político encontrar-se-ão alheias a qualquer limitação jurídica; aos seus súditos ou administrados não se reconhecem direitos e garantias individuais em face do poder instituído; é um Estado cuja produção normativa decorre de arbitrariedade de sua fonte, inclusive, por vezes, mostrando-se cruéis e desumanas; por imposição de um déspota, o direito se vinculada à “vontade do Estado”, como “bem do povo”, mas sempre de forma arbitrária; por fim, tratar-se-ia da formalização das injustiças e desigualdades na aplicação dos direitos.⁷⁰

Portanto, ao refletir sobre essas características, “de forma quase intuitiva, o leitor sabe[rá] o que não é um Estado de direito”.⁷¹ Nesta atrocidade institucional:

(...) as leis valem apenas por serem leis do poder e têm à sua mão força para se fazem obedecer (...) identifica[-se] lei e força, fazendo crer que são direitos mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais desumanas (...) o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos (...) se nega a pessoas ou grupos de pessoas os direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.⁷²

⁶⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, p. 4. Disponível em <www.libertarismo.org.br/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2014.

⁶⁹ Com a expressão “no plano das ideias”, Canotilho pretende consignar que não se vislumbra, hoje, nenhuma estruturação política que reúna todos as peculiaridade do Estado hipotético de “não-direito”, afinal seria um suicídio institucional.

⁷⁰ CANOTILHO, op. cit., p.4.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 9.

⁷² CANOTILHO, loc. cit.

Portanto, aplicando a ideia inversa proposta por Canotilho, temos que Estado de direito é toda organização política que se subordina aos preceitos de direito declarados por si mesmo, vale dizer, que fixa, previamente, toda *juridicidade estatal* da interferência em qualquer setor da produção humana.⁷³

Aos fins que justificam essa abordagem sobreleva consignar que o Estado de direito se adaptou às várias circunstâncias e particularidades dos países europeus, só posteriormente no continente Americano. Cada modelo contribuiu à sua maneira para a noção que hoje se tem de Estado de Direito e reflexamente para se compreender as bases essenciais ao Estado Constitucional. Nenhum, pensamos, deixou de contribuir, mas, poucos modelos puros conseguiram resistir. Das várias concepções que se sucedeu, cada uma recepcionou a ideia de forma diferente e, a fim de organizar sua estrutura política, sopesaram os fundamentos principais, agregando os princípios que lhes reputavam de maior relevância a sua própria conformação. A este conjunto de princípios próprios, dá-se o nome de *juridicidade estatal*.⁷⁴ Pois bem, vejamos a característica de cada modelo.

Na Inglaterra, predominou a ideia de *rule of law* (regra do direito). Na França todo o direito reduziu-se à legalidade formal de produção exclusiva do Legislativo, imperando a ideia de *État légal* (Estado legal). Já na Alemanha, consolidou-se o princípio *Rechtsstaat* (Estado de direito) vale dizer, Estado submisso ao direito.

Contudo, a vertente mais influente, que se construiu nos Estado Unidos e se proliferou por todo o continente, foi o Estado Constitucional de Direito, ou seja, submisso a uma Constituição rígida e escrita com força vinculante a todo o sistema jurídico. Sobre esse último mantermos interesse especial considerando sua grande influência, e persistência no tempo.

Canotilho pôde condensar estas ideias centrais e formar a *genealogia* dos Estados de direito.⁷⁵ Segundo o constitucionalista, é indispensável, a toda organização política ocidental, se estruturar sobre os principais direcionamentos do *rule of Law* inglês: a) restrições às liberdades individuais sempre precedidas de justo processo; b) submissão dos atos do executivo ao crivo dos representantes do povo (Parlamento); e c) viabilidade de demanda e direito de petição dirigida aos tribunais

⁷³ REALE, Miguel, Teoria do Direito e do Estado. 5ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 356.

⁷⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, ..., p. 7.

⁷⁵ Idem, Ibidem, p. 9.

em face do Poder Público. Estes seriam os primeiros baluartes que constituem as bases de qualquer Estado de Direito validamente submetido as *regras do direito inglês*. Os ingleses saíram na frente na corrida moderna, formaram um Estado alheio os desmandos absolutistas cem anos antes da criação pós-revolucionárias dos parlamentos no continente, o que inclusive irá destacar sua peculiaridade acerca da conotação de legalidade, conforme adiante analisaremos. Por ora, impende destacar que o Estado Moderno Inglês em muito contribuiu à nossa percepção estrutural de Estado de direito.⁷⁶

Da mesma forma, o espírito revolucionário Francês nos ensinou que não há Estado de Direito que não seja consolidado partir de um texto supremo, prenhe de legitimidade popular, vale dizer, tributário ao sistema representativo.⁷⁷ Aqui cabe a ideia de Constituição em sentido formal⁷⁸, pois não seria Constituição se não declarasse os direitos do homem e a forma de organização e limitação do poder político. Assim, necessidade de ratificação popular dos direitos fundamentais e delimitação do poder político na forma escrita, foram as grandes contribuições do *État legal* francês.⁷⁹

Por outro lado, liberdade individual era a ideia central de Estado de direito Alemão (*Rechtsstaat*). A fim de se evitar um agente abstrato essencialmente regulador a ponto de assumir as veredas e destinos dos súditos, o Estado seria mero garantidor da ordem e segurança pública. Estado de Direito seria sinônimo de Estado Liberal, em que os direitos fundamentais liberais (liberdade e propriedade) seriam inerentes à autodeterminação individual e não proveniente das limitações da vontade geral da nação.⁸⁰ Portanto, fato é que a inspiração germânica conferiu ao Estado de direito sua feição essencialmente liberal, sempre avessa à ingerência constante do Poder Público na esfera privada nos termos do *Estado de Polícia*.⁸¹

⁷⁶ Com as formulações inerentes ao Estado de Direito Inglês “a regra de direito impôs-se como regra inelirninável da organização política das sociedades ocidentais. Deixou, pois, de ser uma simples revelação da história inglesa para passar a exprimir algumas das dimensões básicas do Estado de direito”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, ..., p. 9.

⁷⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 7.

⁷⁸ MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 37.

⁷⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 9.

⁸⁰ CANOTILHO, loc. cit.

⁸¹ CELSO Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p.420

Por derradeiro, a ideia de Estado Constitucional, cunhada pelos americanos, pressupunha que o Estado careceria de uma “legitimação superior”, uma permissão declarada pelo poder constituinte do povo, contendo a distribuição do poder político e suas limitações. Nesse sentido,

(...) *não bastaria invocar que o ‘governo’ era representativo. Impunha-se tornar claras as razões do governo, ou dito de outro modo, as razões públicas demonstrativas do consentimento do povo em ser governado sob determinadas condições. Deste modo, o “governo que se aceita” ou “está justificado” será apenas o governo subordinado a lei transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na Constituição.* ⁸²

Esta conformação, conforme se nota, incrementou aos Estados ocidentais muito mais que as prioridades do *rule of law* inglês. Foi responsável por apresentar-lhes a legitimação popular do texto Constitucional, fórmula posteriormente recepcionada pelo pensamento revolucionário francês. Contudo, os americanos priorizaram algo a mais que, ante os traumas do Antigo Regime, infelizmente não se viu em destaque no *État legal* francês, ao menos não em sua plenitude:

Além da legitimação do povo, impende sobre o Estado Constitucional, reservar no texto fundamental disposições sobre a estrutura e autonomia dos tribunais, já que estes exerceriam a essência da justiça em nome do povo. ⁸³ Sem essa previsão, de nada adiantaria um poder constituinte soberano, pois, se quando molestado em seus direitos poderia o cidadão se deparar como um juiz de joelhos, ou pior, acima da lei. O termo “exercer a justiça” em nome do particular, segundo Canotilho⁸⁴, é justamente figurar o juiz na qualidade de agente deste, assegurando tenazmente a manutenção dos princípios de justiça radicados no texto supremo, mesmo que tenham que lançar mão do “uso do seu direito de acesso à constituição, desaplicando e considerando nulas as más leis editadas pelos órgãos do governo da nação”.

Graças a esta vocação, decantada pelos séculos nos Estados ocidentais, pudemos superar, em certa medida, a feição Liberal-formal dos Estados de Direito.

⁸² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, ..., p. 9.

⁸³ CANOTILHO, loc. cit.

⁸⁴ CANOTILHO, loc. cit.

Certamente não resistiriam às evoluções sociais garantistas que invariavelmente viriam no pós-guerra. Estamos hoje inseridos em um Estado de Direito Constitucional acrescido de inúmeros valores sociais e econômicos não experimentamos naquele tempo. Nesta conformação, o Poder Judiciário assume grande significação na realização material dos direitos, sobre tudo aquele de natureza transindividual.

3.3 A LÓGICA INTERVENTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

3.3.1 A fusão entre Estado de direito e Estado democrático: reconfiguração da liberdade positiva em liberdade democrática

Foram justamente as rédeas da legalidade, preconizada como o escopo fundamental da liberdade, que incutiram as consequências negativas na vertente liberal do Estado de Direito (também chamado de Estado Legislativo de Direto). Já nos debruçamos sobre o tema quando dissemos que o Estado liberal viabilizou os maiores saldos de desigualdades estribado no pressuposto de que todos são iguais perante a lei formal, desconsiderando qualquer resquício de assistência material. Com as tenções sociais do pós-guerra, se descortinou que não haveria possibilidade de viabilizar liberdade efetiva, no sentido lógico, amplo e real do termo, se, para além de apenas conferir garantias formais estas não viessem acompanhadas de condições de existência mínimas, que viabilizassem seu exercício real e efetivo.⁸⁵

Assim, “enquanto nos séculos XVIII e XIX se pensava que a liberdade era uma exigência da dignidade humana”⁸⁶, atualmente inverte-se a perspectiva e imagina-se que “a dignidade humana (materializada em bases socioeconômicas) é uma condição para o exercício da liberdade”.⁸⁷

⁸⁵ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

⁸⁶ PALU, 2004, loc. cit.

⁸⁷ PALU, 2004, loc. cit.

Foi pela reconfiguração dos principais valores do liberalismo clássico - a liberdade e legalidade - que se viabilizou a transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Democrático de Direito, sob o qual atualmente repousa nossa ordem jurídica.

Pois bem, como dito, a liberdade foi associada pelo liberalismo como um de seus valores essenciais.⁸⁸ Tanto é verdade que tal princípio teve seu sentido expressado várias vezes no “Espírito das Leis”, conforme assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁸⁹ Apesar de sua definição ser definitivamente cristalizada na Declaração de Direitos Francesa: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena”, a liberdade individual muita antes já se idealizava.

É claro que o ideal de liberdade ainda impera entre nós, mas com certa alteração conceitual. Note-se se para os liberalistas o princípio significava *autonomia de conduta individual*, na medida em que não se cercearia a liberdade dos homens se não em virtude de lei. Agora, passa a ser encarada não apenas como liberdade positiva, mas, também, como liberdade de participação nas decisões políticas.⁹⁰

Não se esta afirmando a inexistência do princípio democrático nas concepções anteriores, pois do contrário deixaria de ser um Estado de Direito; entenda-se que a democracia estava presente exclusivamente por meio do sufrágio, ou seja, legitimação popular para atuação legislativa burguesa.

A repulsa à intervenção econômica e social do Estado, decorrente da ideia de liberdade positiva, mostrou-se ser um equívoco real. Agravaram-se os níveis de desigualdade material entre os sujeitos, mesmo que a lei dizendo o contrário (“todos são iguais perante a lei”).

De fato, o brado do proletariado começa desde meados do século XIX na Europa, convocando a atuação positiva do Estado na concretização de justiça distributiva. Seria medida de rigor a intervenção estatal contra os desvios de

⁸⁸ Associe-se a esse valor a propriedade individual, igualdade, segurança jurídica e a participação do cidadão na formulação da vontade estatal por meio da representação política, vale dizer pelo sufrágio.

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, 1988, loc. cit.

concentração econômica, devendo o Poder Público, agora, velar pela supressão das desigualdades sociais.

Inaugurou-se o Estado Social de Direito, encampado tais valores em sede constitucional. O Estado se agiganta em atribuições ao ser convocado a intervir nas condições materiais dos sujeitos, nitidamente desiguais entre si.

Nesta quadra, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹¹, o Executivo assume papel de destaque nos Estados contemporâneos, justamente pelo grande volume de novas tarefas que adquiriu na ordem econômico-social. Diz ainda, que a incapacidade de viabilização desta multiplicidade de demandas pelo Legislativo promoveu a vasta trama de competências atribuídas ao Executivo.⁹² Neste sentido, pode-se dizer, sem exagero, que “a missão econômico-social do ‘Estado-Providencia’ passou toda a matéria para as mãos do Executivo, o ‘Governo’ na linguagem das novas constituições”.⁹³

Em uma estrutura desta estirpe, repleta de direitos e garantias fundamentais sobre os quais o ente se vincula não apenas politicamente mas, sobretudo, juridicamente, procura-se fixar efetiva participação popular nas decisões governamentais, bem como incrementa-se todo o aparato de controle da Administração, principalmente pela via judicial. Neste caso, estamos diante do Estado Democrático de Direito, em que se fez necessário à incorporação de um novo elemento, a participação popular:

(...) o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social protetor do bem comum, passou a ser ainda Estado Democrático. Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei apenas em sentido formal. Hoje portanto, fala-se em Estado Democrático de Direito que compreendendo o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).⁹⁴

⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13.

⁹² FERREIRA FILHO, 1988, loc. cit.

⁹³ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 62.

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 74.

Em verdade, pode-se dizer que não se superou os valores básicos do Estado de Direito clássico, mas sim, a ordem das coisas impôs sua necessária atualização. Com efeito, o Estado Democrático de Direito não nega os valores básicos do Estado de Direito Liberal; ocorre que pretendeu torna-los mais efetivos, impingindo-lhe conteúdo material e assumindo o pressuposto que os indivíduos não estão dissociados da sociedade, como se fossem categorias isoladas. Indivíduos e sociedade têm “implicações recíprocas”; umbilicalmente relacionadas, os ideais daqueles não se realizam sem a satisfação, em certa medida, dos interesses desta.⁹⁵

Liberdade, legalidade, propriedade, igualdade, segurança jurídica e participação popular nos rumos do Estado, ainda compõem os escopos do Estado contemporâneo, contudo sob novas roupagens.

3.3.2 O processo de reconfiguração da legalidade

Vimos que no núcleo essencial do Estado de Direito clássico, o princípio da legalidade ocupa posição central, a fim de vincular o déspota às leis gerais e, por conseguinte, conter os desmandos do antigo regime.⁹⁶

Por óbvio, no pensamento contemporâneo a legalidade foi recepcionada, tanto que o Estado Social ainda é entendido como “Estado de Direito”. Ocorre que houve algumas adequações os esteios desta conformação de legalidade, ponto central do clássico Estado de Direito.

Pode-se dizer que existe hoje, além da já conhecida legalidade positivada, uma “legalidade superior” de caráter vinculante, consignada no Texto Supremo. Diga-se que “formou-se uma ‘dupla legalidade’. A legalidade via lei e a legalidade via constituição, que afinal de contas também é uma lei”.⁹⁷ Nesta égide, a Constituição não figura apenas como mero documento político convocatório dos poderes, mas

⁹⁵ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13.

⁹⁷ PALU, op. cit., p. 78.

sim como norma de aplicabilidade imediata, com força vinculante, de concretização jurídica efetiva e ensejadora de responsabilidade do Estado.⁹⁸

Lembre-se que, monoclássista, o Estado liberal produzia leis relativas a valores exteriores a si mesmo, dirigidas aos interesses de uma classe específica. Com um sistema de fonte normativa unitária, tinha na abstração e generalidade todo o sentido de “lei justa”, desde que formalmente legítima. Ora, uma evolução sensível desse quadro liberal-individualista não poderia admitir um sentido qualquer de legalidade. O avanço democrático trouxe novos grupos sociais que, plurais em seus diversos interesses, participam da vontade estatal e demandam ativamente a sua concretização:

A conjugação de democracia pluralística com o Estado de Direito é acompanhada de uma nova e superior ‘legalidade’: aquela ligada aos valores fundamentais postos na base de um determinado sistema constitucional.⁹⁹

Se antes o Estado era “extroverso” – a produção normativa convergia a valores externos, rumo a uma classe específica -, temos agora um Estado “introverso” no sentido de que o Ente abstrato introduz na própria constituição, valores que presidem sua vida política e comunitária.¹⁰⁰ Portanto, entenda-se a legalidade constitucional como uma “legalidade de valores” que consistente em um ordenamento supremo, preche de princípios fundamentais, que concretiza, a um só tempo, os parâmetros dos valores positivos, materiais e as medidas da legalidade extraconstitucional. Estamos diante do “Estado de Direito Material” ou “Estado Constitucional”.¹⁰¹

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009, p. 42/48.

⁹⁹ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

¹⁰⁰ Dizer no Texto Supremo sobre ingerência pública ou restrições individuais levaria à cólera no período liberal clássico. Vez que avesso à feição de polícia, senão em matéria estruturais como a ordem e segurança, era convergido para fora, logo extrovertido. Para complementação do tema, vide PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, passim.

¹⁰¹ Oswaldo Luiz Palu atribui à lavra de Peter Häberle, renomado constitucionalista alemão, a alcunha de “Estado Constitucional” para conformação estatal contemporânea na maioria dos estados

Nossa sociedade pluralista, cujos embates de interesses são atraídos à tutela do Estado, sobeja um novo sentido de legalidade; uma que traga um conjunto de princípios básicos, fundamentais, viáveis ao sustento das tensões, buscando o máximo de seu ideal: justiça social. Afinal de contas quanto mais justiça social melhor.

Toda esta digressão histórica, encaminha-nos para uma a ideia central, sobre a qual entendemos de especial pertinência aos nossos objetivos aqui empregados, qual seja apontar as particularidades de uma jurisdição interventiva:

Da intercessão entre o princípio democrático, fundado na legitimidade representativa da maioria (que confere legitimidade democrática ao Executivo e o Legislativo), e princípio do Estado de Direito (cujo ideal é a justiça), há uma intercorrência bastante instável e problemática. O que deve prevalecer nesta relação: interesse da maioria ou justiça social? Questiona-se atualmente, com maior extensão, sobre a prerrogativa da maioria representada democraticamente decidir em termos "massivo-absolutista"¹⁰², mesmo que em detrimento de valores de maior relevância. Ou seja, a atuação do Poder Público, representante da maioria democrática poderia decidir em desacordo com os ideais de justiça sob o fundamento de legitimidade democrática?

Reforce-se que é antigüíssima a preocupação sobre os riscos de uma maioria livremente eleita decidir em termos "*totalitários*". Isto revela a evidente tendência das sociedades pluralistas em assumir que, também nas democracias, podem incorrer em enormes graus de injustiça.

Ora, nossa ordem política é, ao menos na teoria, composta por um povo politicamente esclarecido que, nesta condição, deve reconhecer os seus limites. Se adotarmos esta perspectiva, poderemos concordar com Ernesto Benda ¹⁰³, pois, atualmente, nossa estruturação política assume novas condições fundamentais:

ocidentais. PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

¹⁰² PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

¹⁰³ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho, in Manual de Derecho Constitucional (vários autores), Madri: Manancial Pons, 1996, p. 489. apud. PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

*(...) a) a maioria democrática não decide em caráter absoluto; b) a maioria democrática não dispõe de uma competência global; c) também está a maioria democrática vinculada pelas formas jurídicas; d) só pode a democracia existir respeitando a divisão de poderes; e) a decisão da maioria não é justa eo ipso; f) a democracia não é uma ordem quase-religiosa em uma ordem humana.*¹⁰⁴

Contudo é bem verdade que, se analisada em toda a sua extensão, a tensão mencionada – entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito - não é problemática, a toda evidência, pois o controle do poder se faz presente no Estado Constitucional e se assenta na legalidade fundamental, vale dizer nos princípios constitucionais:

Em um Estado de Direito Democrático nada impede que a jurisdição, os tribunais, tendam a colocar em primeiro lugar os princípios, ou seja, estabeleçam normas que sirvam como critérios à Administração e mesmo às instâncias inferiores da própria jurisdição.¹⁰⁵

No Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, a vontade popular representada pelo parlamento e executada pelo executivo não tem validade absoluta, vale dizer, sem limitações. Só são válidas e efetivamente legítimas se não confrontarem uma vontade maior, um direito de nível superior, que é a Constituição.

Assim, existe uma “legalidade de valores”, uma “legalidade constitucional”, consistente em um ordenamento superior, radiante de princípios fundamentais que ordenam, ou melhor, fundamentam os parâmetros positivos e materiais da legitimação democrática de todos os poderes bem assim das suas medidas de legalidade.

Como se percebe, as Constituições democráticas se propõem a mediar os embates de interesses coonestando-os às várias escalas de valores dos numerosos grupos sociais. Contudo, tal escala não é uma “religião”, algo invariável, pois, como afirma Oswaldo Luiz Palu¹⁰⁶, “a tarefa de uma Constituição é pacificar o debate

¹⁰⁴ BENDA, Benjamin, El estado social de derecho, in Manual de derecho constitucional, Madri: Marcial Pons, 1996, p. 500. apud. PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 80.

¹⁰⁶ PALU, 2004, loc. cit.

acerca de alguns valores básicos existentes na sociedade, por tal motivo é tão importante o controle do poder”.

De acordo está a perspectiva do constitucionalista Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁷, quando diz que as constituições contemporâneas são frutos dos contratos de interesses dos grupos sociais, são “constituições pluralistas” em que cada estamento social luta por sua posição nas arenas da política. Assim, em um Estado que comporte diversidade de interesses políticos deve haver limitações impostas pela jurisdição constitucional que inviabilize o absolutismo de uma opção política ou econômica determinista, “isto se chama pluralismo e democracia”¹⁰⁸.

Tal é assim, porque em nosso período institucional vige uma produção normativa peculiar. A lei, no Estado Democrático de Direito, não se despe de seu sentido axiológico¹⁰⁹ o que invariavelmente acaba repercutindo na forma de sua interpretação, convertendo a atividade jurisdicional em um ato de vontade, mas da vontade constitucional.

Para reforçar o que aqui se afirma, note-se o sentido, do artigo 1º da Constituição de Republica. Há nesse preceito a prevalência de valores universalmente aceitos, que fundamentam e estruturam toda a ordem institucional do Estado brasileiro. Traz valores como justiça, liberdade, segurança, saúde, educação, dignidade da pessoa humana, meio ambiente e a manutenção da vida são apegos que constantemente estarão em tensão na arena social pluralista, competindo ao interprete, na aplicação da vontade constitucional, cooptar mediante seus órgão de sentido, qual é a intenção do constituinte para aquele caso, fazendo um “escolha” sobre qual interesse deve prevalecer em detrimento de outro, muitas vezes de mesma relevância.

É nesse sentido que se fundamenta a atuação política do magistrado em ação coletivas, justamente por que o Estado Democrático de Direito, inserido em contexto plural, assim exige. Em sede de tutela coletiva quase sempre se discutirá o

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 7ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 13.

¹⁰⁸ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

¹⁰⁹ BENDA, Benjamin, El estado social de derecho, in Manual de derecho constitucional, Madri: Marcial Pons, 1996, p. 500. apud. PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

conflito entre direitos de mesma significação constitucional, impondo ao magistrado uma escolha concreta do prevalecente, mediante a utilização dos princípios gerais do direito. Contudo, a interpretação será sempre no cumprimento da Lei Fundamental, segundo o espírito dela extraído. É importantíssimo que conste na percepção do julgador a sua função política¹¹⁰, pois, sobre tudo na cognição das ações civis públicas, considerando a amplitude de seus objetos (artigo 127, III da CF), os interesses ali demandados compreendem a maioria dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sobre a atuação política do juiz voltaremos mais adiante.

Em síntese, o que resta a consignar nesta etapa, é que tal como se sucedeu na troca do Estado Liberal clássico pelo Estado Social, tendo como fundamento a ingerência pública no domínio econômico e social, tivemos, da mesma forma, a sucessão do Estado de Direito clássico para o Estado Democrático de Direito, cuja dessemelhança consiste nos fortes mecanismos de *controle do Poder Público e participação popular*, tendo como norte a vontade suprema da Constituição; Aliás é por isso que também podemos chamamo-lo de Estado Constitucional.

Dentre os mecanismos de controle legítimos, nos interessa apenas o jurídico¹¹¹, que nada mais é que a jurisdição atuante “como um contrapoder ao poder político advindo da representação, tendo como esteio a Constituição escrita”.¹¹²

Portanto, não nos escapa concordar com a perspectiva de que dada as condições intervencionistas do Estado atual a expansão da função jurisdicional veio para suprir os mecanismos de controle insuficientes, advindos do Estado Liberal. Nisto precisamente reside a “legitimação democrática” do Judiciário, pois controla o poder em nome do povo.

¹¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, passim.

¹¹¹ Outro mecanismo seria o controle político via eleitorado, um instrumento direto de controle da representação política pelo povo. Aos fins que se destina esse trabalho esse não nos pertine, senão apenas o controle judiciário.

¹¹² PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição,...., p. 85.

4 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EM PAUTA, A SEPARAÇÃO DE PODERES

4.1 TENDÊNCIA CONJUNTURAL DAS CATEGORIAS TRADICIONAIS

A arquitetura dos arcos de pedra que ornamentam a terra santa de Israel, além de toda sua formosura sustenta uma filosofia milenar passada de geração em geração entre os construtores rústicos que naquele solo habitavam. Quando batemos os olhos naquelas edificações é involuntário indagar acerca de sua estrutura que, a *prima face*, nos fazem questionar se a ordinária imputação da força de gravidade atua sobre elas, afinal como se mantêm curvadas sem que seja utilizada qualquer liga de rejuntamento?

A resposta é que a harmonia do sistema lhe promove sustentação. Uma pedra angular, no topo do arco, guia todas as demais que, se mantido o encaixe perfeito, todo o arco torna-se inabalável. Todas as peças são fundamentais ao conjunto, contudo não em seu estado rústico, natural; cada pedra deve ser moldada segundo os paramentos da sua correlata, ou seja, aquela sobre a qual irá se escorar. As pedras que se deixam moldar pelas mãos do construtor, as pedras que resistem à lapidação e cumprem os fins a que se destinam são chamadas “pedras vivas”; conquanto maleáveis, são capazes de sustentar em conjunto todo o sistema estrutural. Já aquelas, cuja dureza ou moleza excessiva inviabiliza o laboro do construtor, são descartadas e esquecidas, pois nem para a pavimentação são interessantes. Estas últimas recebem o nome de “pedras mortas”.

Assim como todos os sistemas naturais, os arcos de pedra não se furtam à implacável atuação tempo. Todavia, todo o desgaste da intempérie é corrigido pelo próprio sistema que, por meio de pressão constante, reforma as saliências indesejáveis e justapõem, novamente em harmonia, todos os elementos de sua estrutura.

Esta alegoria em muito pode nos auxiliar para compreendermos a atual conformação do Direito Público. Discorreremos, linhas acima, que não houve essencialmente superações dos valores tradicionais do Estado de Direito Clássico,

mas sim adaptações, ou melhor, reformulações conforme a nossa atual estrutura jurídico social.

Pois bem, entendemos que as categorias que estruturam todo o Estado Constitucional (ou Estado Democrático de Direito), dentre elas a Separação de Poderes, compõem o sistema como “pedras vivas”, dúcteis ao tempo e às configurações sociais, pois não há uma categoria ou categorias que ocupam uma posição central. A atuação do tempo sobre o sistema, traz consigo novos interesses, mudanças e exigências que, alvejando os intentos da Lei Fundamental, devem ser lapidadas pelo próprio sistema constitucional, assim como os arcos de pedra israelenses.

Com efeito, as novas cartas constitucionais não mais se ocupam em determinar uma ordem de coisas estabelecida, um projeto imutável, como pretendiam os liberais; atualmente deve sua interpretação ser construída.¹¹³ Daí a expressão “tendências conjunturais” do atual Direito Público. Há, portanto, um deslocamento de posições centrais de categorias antes entendidas invariáveis, para ocupação de outras de igual relevância, contudo de maior pertinência a determinadas circunstâncias, sejam políticas, sociais ou estruturais. Elas coexistem, mas nunca haverá superação ou império absoluto de uma sobre a outra. Vamos nos aprofundar sobre o tema, visto que o controle judicial, máxime de políticas públicas, tem como um dos principais óbices uma visão reducionista do princípio da Separação dos Poderes, que talvez hoje não mais se justifique.

4.2 DESLOCAMENTO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES DE UM SUPOSTO EIXO PRINCIPAL

A derrocada do princípio da unidade política - pautado pelo interesse de uma classe específica própria do Estado liberal, incutiu como consequência a abertura interpretativa dos conceitos tradicionais. Não podemos deixar de notar que, atualmente, o conjunto de conceitos fundantes do Direito Público são basicamente os mesmos de outras épocas, como a legalidade, representatividade e separação

¹¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 7ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 13.

dos poderes; contudo, como dissemos antes, esses conceitos assumem nova formatação, novos significados, não mais unívocos ou estáveis. A feição pluralista de nossa sociedade impõe sobre nós a flexibilização, ou melhor, a relativização de conceitos antes tidos como invariáveis, intocáveis por sua própria natureza. Em consonância:

Si valoramos em su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no podemos dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. (...) El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central.¹¹⁴

Desta constatação repercute uma perspectiva que muito nos interessa: se inexistente a supremacia de uma categoria que ocupe o lócus central da estrutura política dos Estados Democráticos atuais, como se fosse uma espécie de adágio da *superestrutura* do Estado, a Ciência do Direito, e a jurisprudência principalmente, podem formular e aperfeiçoar “sus próprias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí um significado concreto definible a priori”.¹¹⁵

De fato as categorias constitucionais, principalmente a tripartição dos poderes, para que possam usufruir de aplicabilidade prática, devem pautar-se por uma adequação não mais centrada em um *eixo principal* indiscutível, da qual emanaria uma ordenação “indúctil”. Esse regime só se aproveita às conformações totalitárias, já não mais toleráveis na contemporaneidade.

Para facilitar o entendimento, Gustavo Zagrebelsky¹¹⁶ utiliza uma alegoria essencialmente didática. Segundo o constitucionalista, o Direito Constitucional atual seria como um conjunto de “materiais de construção”. O edifício em concreto (o Estado) não seria obra da Constituição em si mesma, mas sim a combinação dos vários conceitos colocados à disposição por ela. Significa dizer que os estados contemporâneos, em sua maioria, não são resultado dos conceitos constitucionais positivados em si mesmo, mas sim de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses conceitos.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, ..., p. 12.

¹¹⁵ Idem, ibidem, p. 13.

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, loc. cit.

Assim, nas sociedades plurais¹¹⁷, como a brasileira, pautadas por certo grau de relativismo, não se consigna à Constituição estabelecer um projeto comunitário de relações sociais *predeterminado*, não é esse o ânimo do constituinte, mas sim viabilizar institucionalmente as condições de realização deste projeto.

Com efeito, esta é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo social: servir de “plataforma de partida” para cada grupo de interesse, conferindo legitimidade a estes seguimentos sociais a fim de que lutem, em regime de competição política, para imprimir ao Estado uma determinada orientação prevaiente de um ou de outro interesse social, mas tendo como limites as possibilidades oferecidas no texto constitucional. Tal ocorreu com a feição neoliberalista dos americanos e tal ocorre conosco neste regime de “Estado material” limitadamente intervencionista¹¹⁸, apropriadamente entendido com “Estado Subsidiário”, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹¹⁹

O constitucionalista Italiano Zagrebelsky¹²⁰, sustenta que a coexistência de valores e princípios sobre os quais se devem basear as constituições contemporâneas, para que não se renunciem seus conteúdos de unidade e integração e ao mesmo tempo não negligencie o teor pluralista da sociedade que ordena, depende que esses valores e princípios não assumam um caráter absoluto, mas sim de compatibilidade e flexibilidade com todos os novos ideais que a contemporaneidade assume; afinal:

Si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad.¹²¹

¹¹⁷ “(...) es decir, las sociedades marcadas por la presencia de la diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero si que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerce exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal em el sentido do passado”. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,..., p. 13.

¹¹⁸ Para se comprovar a afirmação, encaminhamos o leitor à disciplina da matéria econômica da Constituição Federal de 1988, lá poderá ter em conta que a intervenção do Estado na ordem econômica sempre foi limitada, desde os textos pregressos.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 16 e ss.

¹²⁰ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 14.

¹²¹ ZAGREBELSKY, loc. cit.

Esta é a exigência suprema da feição constitucional de toda sociedade pluralista, ao menos as que queiram, de fato, se manter como tal. Estamos convencidos que este é o nosso caso.

Nesta conformação plural, própria dos estados intervencionistas, resta inevitável o surgimento de novos direitos e interesses ditos transindividuais, que superam a esfera patrimonial individualista. Estes interesses, por sua própria natureza, transcendem às possibilidades materiais do legislador, pois, no que concerne à capacidade de previsão de todos os possíveis prejuízos desta abstração sem limites, é humanamente insuscetível observa-los de antemão. Dada estas circunstâncias, a via judicial se mostra como a mais propícia a viabilizar a tutela desses interesses, posto que atuando no tempo e no espaço com maior proximidade do caso concreto, incute, ou melhor, legitima sobre si a maior liberdade do juiz na aplicação dos princípios jurídicos ao caso concreto.¹²²

Essa nova feição da jurisdição contemporânea, uma feição mais política, leva a questionar-se sobre a rigidez do princípio clássico da Separação de Poderes¹²³, que como vimos merece ser flexionado em prol da própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

A doutrina mais acurada tem demonstrado maior sensibilidade a essa nova conjuntura, crendo que as condições jurídico políticas dos tempos que vivemos se descreve não por um, ou alguns, princípios absolutos, mas sim por muitos valores constitucionais sem hierarquia; a fim de se viabilizar a convivência coletiva.¹²⁴

Ora, se entendemos cada princípio, cada valor, em termos absolutos seria insustentável admitir qualquer outro no mesmo texto fundamental. Portanto, o que se sustenta é evitar o “imperativo teórico da não contradição” entre valores constitucionais e priorizar a “concordância prática” das contradições.¹²⁵ Explico: ainda que a Separação de Poderes, na teoria clássica e em termos absolutos, seja incompatível com o controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário, não é desejável que assim seja na prática, se pensarmos em termos de vontade constitucional.

¹²² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto – Ação civil pública, direitos sociais e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 564.

¹²³ Clássico sim, porem apenas na sua estrutura essencial. Não se pode cogitar uma feição absoluta de tal princípio, como queriam os liberais avessos aos desmandos do antigo regime.

¹²⁴ MACEDO JUNIOR, op. cit., p. 560.

¹²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, ..., p. 16.

Assim, observando de modo panorâmico nossas atuais condições jurídicas políticas, e buscarmos a *compatibilidade prática* dos princípios veremos que o Estado brasileiro, além de garantir a livre iniciativa, busca também a reformas sociais; além da igualdade formal perante a lei, busca também a igualdade material, com especialização de regras jurídicas; reconhece a amplitude dos interesses individuais, mas também o interesse público primário¹²⁶; consigna a Separação dos Poderes com autonomia dos Poderes instituídos, porém viabiliza amplíssimo controle de conformidade e de constitucionalidade de seus atos pelo Poder Judiciário.

Enfim, há de se observar que não dispomos mais de conceitos concentrados em um eixo central como outrora. Considerando a feição pluralística sobre a qual se enveredou o Estado brasileiro, nossa Constituição entende, em termos procedimentais, que seria mais prudente uma solução combinatória (flexível) em caso de conflitos, a fim de que se conduzam os princípios constitucionais a um “desenrolo conjunto y no a um declive conjunto”.¹²⁷

4.3 JURISDIÇÃO POLITIZADA: CAUSAS E EFEITOS.

A clássica separação de Montesquieu, foi essencialmente importante no seu tempo. Contudo, muitas vezes as predisposições de outras épocas não conseguem se ajustar no presente. Somos, em larga medida, *sucessores ingratos* do liberalismo, posto que nem todos os seus fundamentos são interessantes entre nós. Mesmo que forçosamente, não há justaposição confortável entre a Tripartição de Poderes clássica e o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional).

Ora, as tendências do direito constitucional contemporâneo, principalmente após as significativas transformações sociais do século XIX, formularam uma nova estrutura institucional acrescentando instituições que, mesmo sendo representações de Poder, não se adéquam à teoria clássica de Montesquieu, é o caso do Ministério Público autônomo, dos Tribunais de Contas distribuídos na Federação e os

¹²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa de Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

¹²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,...., p. 16.

Tribunais Constitucionais, que não exercem uma “jurisdição” propriamente comum.¹²⁸

Ademais, é consenso na doutrina que atualmente a “Separação de Poderes”¹²⁹ sempre foi tida como um modelo ideal, pois na dinâmica da administração do Estado há uma troca de funções imanente ao seu regular funcionamento; cada órgão pratica funções típicas dos outros (artigos 99 *caput*, 51, IV, 52, XIII todos da CF), embora se mantenha a aparência de separação concreta de funções.¹³⁰ Ademais, o próprio sistema de governo parlamentarista é prova disso, afinal, nesta constância, membros do governo se confundem com os membros do Legislativo.¹³¹

Em sua feição clássica, tal princípio pode ser entendido como uma *teoria de distribuições de funções institucionais* às diferentes instâncias de poder. Todavia, conforme consigna Karl Loewenstein¹³², o que se chama por Separação de Poderes foi necessária em determinado tempo onde uma classe politicamente dominante fitou assumir a rédeas do Estado; um período marcado pelo confronto entre liberalismo político e absolutismo monárquico. Com efeito, nossos problemas atuais são outros e uma releitura do passado nos converge à um comportamento anacrônico, portanto irracional.

Conquanto remanesça o princípio fundamental de que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (artigo 2º da CF), entende Odete Medauar não se tratar de princípio absoluto, mas que deve permanecer no texto como uma fórmula simbólica de “garantia de democracia”.¹³³ Nos, parece que esta seria a razão latente. Agora, a razão de manter esse dispositivo no texto é que estamos em um processo de transição em que as raízes do conservadorismo clássico ainda se fazem muito

¹²⁸ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 121

¹²⁹ A própria denominação do princípio não satisfaz, pois, pela “separação de poderes”, não poderia sequer haver o controle de legalidade dos atos de governo, tal “ingerência” seria de incumbência de um órgão interno da própria administração, o que suscitaria questões de imparcialidade e autonomia. Melhor seria o termo “balanceamento de poderes”, vez que, conforme preleciona Sergio Cruz Arenhart, entre nós o Judiciário tem sim a prerrogativa de controlar a atividade do Legislativo e do Executivo segundo o exame de sua conformidade com o Direito. ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 514.

¹³⁰ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução, ..., p. 121.

¹³¹ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, 2ª ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1982. p. 55.

¹³² LOEWENSTEIN, 1982, loc. cit.

¹³³ MEDAUAR, op. cit., p. 122.

presentes, vale dizer, há uma grande dificuldade de alterar um dogma enraizado no contexto constitucional e criar uma nova conformação do poder “mais adequada ao momento presente, mais coerente com o Estado e a sociedade contemporâneos”.¹³⁴ Fato é que:

(...) a questão posta revela ideário já vencido há muito tempo. Considerar a ideia de ‘separação de poderes’ como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (ai incluído o Brasil).¹³⁵

Daí a tendência atual de flexibilizar conceitos antes tidos como invariáveis, já que uma reforma estrutural completa deixa-se para o porvir (vide capítulo 4).

Nosso interesse em abordar a necessária superação do conteúdo absoluto da teoria de Montesquieu está no “efeito paralisante” que esse pensamento tem incutido, principalmente nas reivindicações por direitos sociais e na implementação dos mais variados direitos difusos e coletivos. Essa reflexão é do alvitre de Andreas Joachim Krell¹³⁶, que em sua opinião o pensamento clássico “precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servido ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, contra a omissão estatal”. No mesmo sentido merece destaque o pensamento do Professor Sergio Cruz Arenhart, quando diz:

Sem sombra de dúvida, a limitação em questão [separação de poderes] representa severa condicionante à atuação jurisdicional no trato de políticas públicas. Ao se aplicar desavisadamente esta orientação jamais poderá o Poder Judiciário impor obrigação positiva ao Estado (...).¹³⁷

Assim, no atual contexto, im procedem as objeções de que, pela Separação dos Poderes, não incumbe ao judiciário decidir sobre questões políticas. O termo “questões políticas” merece maior ponderação. Tal proibição vinha expressa na

¹³⁴ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução, ..., p. 123.

¹³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 513.

¹³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

¹³⁷ ARENHART, op. cit., p. 513.

Constituição de 1934 que em seu artigo 68 dispunha: “É vedado do poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. O mesmo sentido se podia exprimir do artigo 94 da Constituição de 1937. Note-se que hoje a Soberania Nacional contém maior pluralidade, de modo que a Constituição de 1988 se omitiu nesse particular. Parece-nos que a intenção do constituinte originário foi flexibilizar a questão, atendo às novas conformações sociais do Estado interventor. Neste sentido, Maria Silvia Di Pietro exterioriza que, mesmo nas constituições posteriores:

*(...) a vedação persistiu, desde que se considere como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito a polis, não afetam direitos subjetivos. No entanto se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública a ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário.*¹³⁸

Um dos maiores críticos desta perspectiva foi Paulo Bonavides. Para o renomado jurista as “questões políticas” seriam todas aquelas matérias reservadas à discricionariedade do Poder Político, como:

*(...) ditar as medidas de política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais e promover o desenvolvimento.*¹³⁹

Note-se a amplitude de matérias reduzidas ao interesse exclusivamente discricionário na perspectiva do autor. Bonavides, conclui dizendo que as questões políticas, “expressas em atos legislativos e de governo, fogem à alçada judicial, não sendo objeto de exame de constitucionalidade, salvo se interferirem com a existência de direitos individuais”.¹⁴⁰

Data vênia, a perspectiva reducionista do autor, diante de tudo que até aqui se tentou expor, não parece se aplicar na presente quadra constitucional. Ora, não somente direitos e garantias individuais são submetidos ao controle jurisdicional, mas, sobretudo, direitos difusos e coletivos das mais diversas ordens - ante o conteúdo aberto do artigo 129, incisos II e III da Constituição Federal.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 323.

¹⁴⁰ Idem, ibidem, p. 323.

Mesmo as medidas econômicas, monetárias, de relações internacionais, de planejamento ou políticas públicas quando implementadas pela atividade de governo, devem guardar adequação e pertinência com as diretrizes estabelecidas pelo constituinte, pena de, após a verificação de desconformidade constitucional, serem afastada pelo Poder Judiciário. Trata-se de aferição de ilegalidade e constitucionalidade. Além de meramente enunciar princípios fundamentais a Constituição viabiliza as garantias de obediência, impondo ao Poder Público o compromisso de observar o seu conteúdo.¹⁴¹

Tal é assim, porque dispomos hoje de uma Constituição juridicamente vinculante, vale dizer dotada de força normativa, já que superado o modelo que vigorou até meados do século passado, no qual “a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”.¹⁴²

A Constituição Federal de 1988 confere diretrizes fundamentais a toda Soberania Nacional, como exemplo temos os comandos do artigo 3º que orienta o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. O mesmo conteúdo normativo se extrai de todos os demais dispositivos que se espraiam pelo Texto Supremo, v.g. artigo 170, VIII; 208, II e 214 da Lei Fundamental. Conforme preleciona Fábio Konder Comparato¹⁴³, esses objetivos são juridicamente vinculantes a todas as instâncias de poder, até mesmo os poderes econômicos ou sociais fora do Estado.

A política deixou de ser entendida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, pelo que seus domínios se submetem aos limites decorrentes da citada vinculação normativa, concretizável pelos Órgãos de Controle constitucionalmente estabelecidos.

Portanto, o controle judicial das atividades de Governo (neste trabalho, chamadas de políticas públicas), ainda que sob a terminologia “questões políticas”, é

¹⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014, p. 7.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, n. 737, ano 86, p. 19.

hoje uma realidade, sobre a qual “o juiz não julga apenas conflitos sócio-jurídicos, como também os de natureza política”.¹⁴⁴ Contudo, quais seriam os fundamentos teóricos dessa nova jurisdição politizada? É o que tentaremos expor a seguir.

4.4 FUNÇÃO JURISDICIONAL LATENTE: A IDEIA DE FECHAMENTO NORMATIVO E AS REPERCUSSÕES DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO

Nesta quadra, tentaremos abordar quais as motivações dessa jurisdição politizada. Na tradição liberal incumbia ao Legislativo a produção da lei e ao Judiciário a simples aplicação dos efeitos do direito infringido ou pretendido. Esse esquema fluía muito bem, sob o ponto de vista interpretativo, enquanto a lei fosse clara e de fácil interpretação.

Assim, podemos dizer que a interpretação jurídica tradicional se desenvolveu sobre duas grandes premissas: a) quanto ao papel da norma, que era fornecer um relato abstrato do direito aplicável a determinado problema; b) e quanto ao papel do juiz, que consistia na identificação da norma aplicável ao conflito a ser resolvido.¹⁴⁵

Note-se que, como dissemos no primeiro capítulo, todas as soluções para os problemas estavam no próprio sistema jurídico e o interprete desempenha simples função técnica de conhecimento. Neste modelo convencional, “as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção”.¹⁴⁶

Ocorre que com o advento do Estado Democrático de Direito e com as modificações ideológicas que fundaram o sistema de interpretação clássico as duas

¹⁴⁴ WATANABE, Kazuo. Processo Civil de Interesse Público: Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo civil e interesse público. São Paulo: RT, 2003. p. 20.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014, p. 11.

¹⁴⁶ Conforme consigna Barroso, a subsunção consiste na identificação da norma aplicável com subsequente enquadramento do fato ao relato da norma, pronunciando-se, por fim a conclusão. Trata-se de um raciocínio “de natureza silogística, na qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença”. Idem, *Ibidem*, p. 12.

premissas anteriores passaram à seguinte conformação: a) quanto à finalidade da norma se verificou que o simples conteúdo geral e abstrato do texto normativo não era mais capaz de fornecer as soluções eficientes aos conflitos sociais, muitas vezes as respostas jurídicas constitucionalmente adequadas dependem de uma análise tópica, à luz do problema; b) quanto ao papel do juiz, a atuação puramente técnica, voltada à subsunção metodológica não é mais suficiente. Hoje o interprete assume a posição de co-legislador no processo de criação do direito, “completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para a cláusula abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.¹⁴⁷

Destas alterações decorreu uma nova feição interpretativa, que amplifica os meios de decisão do julgador com novas categorias normativas, ou melhor, *novos meios de decisão*. Ver-se-á que em grade medida estas novas categorias legitimam a função criativa do juiz em prol da realização da vontade soberana do constituinte, mesmo que em *questões políticas*.

O juiz não pode ser restringido a fundamentar sua decisão estribando-se unicamente na letra da lei, pois esta já se mostrou incapaz de regular todos os conflitos possíveis em uma sociedade pluralizada. Atento a isto, o constituinte incutiu na Lei Fundamental conceitos abstratos, convidando o julgador à cognição criativa, seja na interpretação de *cláusulas gerais* ou na aplicação e ponderação de *princípios de direito*.¹⁴⁸ Vejamos:

Cláusulas gerais são conceitos jurídicos que contêm expressões de textura aberta. Geralmente indicam uma significação inicial, devendo ser complementadas pelo interprete na constância do caso concreto. As normas de conteúdo abstrato não detêm, prima face, conteúdo de aplicação jurídica, por isto ao lidar com termos como ordem pública, boa-fé ou interesse social “o interprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014, p. 11.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 12.

definir o sentido e o alcance da norma”.¹⁴⁹ Já que a norma não apresenta uma solução concreta, o juiz vai além dela mesma, integrando seu conteúdo normativo com sua própria prudência.

A mesma abstração se encontra nos princípios constitucionais. O agigantamento dos princípios é decorrência do pós-positivismo, quando estas normas assumem aplicabilidade jurídica pela força vinculante da Constituição. Os princípios têm sido as principais fontes de discricionariedade do interprete, na medida em que não descrevem uma conduta concreta, mas define valores e fins públicos a serem perseguidos. Ora, por não guardarem maior “densidade jurídica”, são insuscetíveis de solucionar por si mesmos os conflitos sobre os quais repercute.¹⁵⁰ Nestes casos também incumbe ao julgador preencher o conteúdo jurídico com medidas de circunspeção, definindo seu sentido e alcance no caso concreto.¹⁵¹

Nas sociedades pluralistas, estruturadas por Constituições dialéticas, é inevitável a colisão de normas constitucionais, seja entre princípios, direitos difusos e coletivos ou entre os mais diversos direitos fundamentais.

Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do interprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.¹⁵²

A atuação do julgador será por meio da *técnica da ponderação*, já que a mera subsunção torna-se inviável, ante a impossibilidade de enquadrar um mesmo fato em normas antagônicas.

A técnica da ponderação é de suma importância às ações coletivas em geral, posto que costumeiramente suas causas de pedir tendem a colocar o

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014, p. 13.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,..., p. 13.

¹⁵¹ Sobre a significação dos princípios em tutela coletiva: v. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, direitos sociais e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁵² BARROSO, op. cit., p. 14.

judiciário frente a uma pluralidade de interesse *relevantíssimos*, de mesmo valor constitucional (por exemplo dois ou mais direitos fundamentais). Nestes casos o juízo deve ter em conta duas opções: se possível, promoverá *concessões recíprocas* fitando a máxima preservação dos direitos em conflitos; não sendo possível, irá proceder a escolha do direito que merece prevalecer no caso concreto, por este satisfazer em maior medida as determinações constitucionais.¹⁵³ Precisamente nestes casos reside maior importância da atuação política do julgador.

Assim, na medida em que a lei perde sua capacidade de regular todo o sistema social, deixando de ser o centro de todo o direito, os meios de decisão assumem novas conformações e a interpretação do julgador transcende à mera subsunção. O uso, muitas vezes abusivo, de categorias normativas abstratas pelo legislador rompe a lógica tradicional de função meramente técnica do juiz; significa dizer que o novo *papel da norma* repercute na nova *função do julgador*.

A carência de conteúdo jurídico expresso nas cláusulas gerais e nos princípios constitucionais, amplamente difundidos no Texto Supremo, impõe ao Judiciário sua função político/criativa, que, não podendo deixar de decidir, interpreta o direito segundo as convicções da ordem jurídica como um todo. Esse fenômeno é chamado por Jose Eduardo Faria de “fechamento de natureza lógica” ou “fechamento normativo” à *indeterminabilidade* da norma.¹⁵⁴

Desse modo verificamos o Judiciário assumindo a posição de co-legislador, deslocando, em casos específicos, a função legiferante¹⁵⁵, a fim de corrigir os desníveis de justiça e democracia por meio da abstração da norma. Essa evolução tem gerado estranhamentos ao conservadorismo que aderem à falsa percepção de que o Judiciário invade as atribuições do Legislativo. Em verdade não há crise institucional alguma.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,..., p. 14.

¹⁵⁴ FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). Processo civil e interesse público. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p.81

¹⁵⁵ FARIA, 2003, loc. cit.

Ora, finalmente o interprete assume sua posição legitimada pelo Estado Democrático de Direito. Assim como todo e qualquer poder instituindo, o Judiciário é também representativo, vale dizer, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.¹⁵⁶

A *judicialização de políticas públicas*, fenômeno aqui estudado, é consequência natural da nossa conformação social, em que a utilização de meios decisórios de textura aberta é medida de defesa, ou melhor, de sobrevivência da legislação ainda que com isso resulte a perda da unidade “lógico conceitual do direito”.¹⁵⁷ De fato, grande parte dos direitos difusos e coletivos - de prestação positiva - são efetivados por meio de políticas públicas, cuja omissão torna-se exigível judicialmente.¹⁵⁸ Claro que essa interpretação comporta certos limites, como em alguns casos de mérito administrativo (quando atende a legalidade) e sobre a reserva do possível, mas falaremos sobre isto mais a diante.

Devemos ter em mente que quando se fala em Políticas Públicas, não se deve esquecer que estas são estabelecidas por metas e programas fixados pela Constituição ou pela lei. Vez que matéria de vinculação obrigatória a toda Soberania Estatal não está reservada à discricionariedade do administrador público implementá-las ou não. Daqui surge a possibilidade de controle judicial concreto, onde o Judiciário poderá avaliar a eficiência dos meios empregados ou a forma de avaliação dos resultados¹⁵⁹, e mais, no caso de ação civil pública, impor a prática do ato, a forma do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública.

Note-se, portanto a relevância do Judiciário nos estados de conformação social. Necessariamente o assistencialismo incute essa função interventiva, na medida em que o magistrado, ao exercer sua função em nome do povo, torna-se

¹⁵⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, p. 4. Disponível em <www.libertarismo.org.br/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2014, p. 9.

¹⁵⁷ FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). Processo civil e interesse público. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p.81.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.) Ação civil pública, 15 anos. São Paulo: RT 2001, p. 711.

¹⁵⁹ Idem, Ibidem, p. 731.

obrigado a realizar a exigências materiais da sociedade, mais precisamente, como diz José Eduardo Faria¹⁶⁰, desvendar as relações sociais subjacentes às normas e às relações jurídicas com base em informações de natureza extrajurídicas, como a sociologia, a economia ou política.¹⁶¹

Diante de tudo isso que se expôs, a interpretação dos direitos difusos e coletivos exigem uma nova forma de interpretação que não esteja amarrada aos ideais absolutos da Separação de Poderes de Montesquieu, supostamente avesso ao controle judicial da atividade governamental. Do contrário, inviabilizando políticas públicas a fim de resguardar a discricionariedade administrativa crua, rumaremos a desestima constitucional, quando há juridicamente o dever de agir.

4.5 DAS REAIS CAUSAS DE INCERTEZA JURIDICA.

Ante de avançarmos, necessário que enfrentemos um segundo fundamento contrários à atuação política do julgador. Nesta quadra ficou evidente que a Separação de Poderes, idealizada sob contextos absolutamente divergentes, não pode centrar toda a administração do Estado Democrático de Direito. É preocupante que o pensamento mecanicista sobre o qual essa concepção foi idealizada ainda tem aspirado aplicação sua absoluta, com o mesmo rigor de outrora, principalmente pela nossa jurisprudência. Para além desse fundamento já superado, tem-se levantado outro, mais contemporâneo, que deriva também do pensamento liberal clássico. Falamos do ideal de *segurança jurídica*.

Esse pensamento conservador tem arrimado os receios nos julgadores, que, conquanto zelosos, não fazem uma leitura conjuntural do texto constitucional. Parece que um dos principais temores do conservadorismo jurídico advém do suposto potencial de “incerteza jurídica” que a atuação politizada do magistrado tenderia a promover. Nesta etapa pretendemos abordar uma nova perspectiva acerca das reais causas dessa observação temerosa.

¹⁶⁰ FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público, ..., p.26.

¹⁶¹ FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002, p.2.

Joaquim Falcão, Luís Fernando Schuart e Diego Werneck Arguelhes em artigo intitulado “Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito”¹⁶², demonstram uma perspectiva interessante acerca da Função Jurisdicional sob a perspectiva econômica.

Conquanto se trate de um estudo sobre a ciência econômica, seu conteúdo científico nos parece aproveitável à atividade jurisdicional. Constataram os autores que o fator “incerteza” nas relações judiciais não depende exclusivamente das decisões do julgador, pelo contrário, talvez o judiciário tem a menor das contribuições na instabilidade institucional. Os três poderes, em conjunto, vale dizer, o Poder Público em toda a sua extensão é responsável pelo problema.

De fato, mais precisamente a mutabilidade acelerada das normas – principalmente por decretos presidenciais e medidas provisórias, bem como o conteúdo dos comandos legais tendenciosamente direcionados a interesses específicos¹⁶³ - mutáveis ao sabor do jogo político, contribuem demasiadamente para o potencial de incerteza das decisões, e não só o potencial criativo do Judiciário.

Por ora, o que nos interessa é a suposta contribuição das mudanças da atividade jurisdicional nos níveis de incerteza das decisões, por conseguinte seu potencial ofensivo à segurança jurídica. Comumente atribui-se o enfraquecimento da segurança jurídica às tendências de politização da atividade judicial.¹⁶⁴ O argumento é de que a parcialidade incute sobre o magistrado uma feição de justiceiro, não lhe sendo legítimo fugir da aplicação sega da lei. Consoante a posição dos autores, não nos parece certa essa posição.

É importante ter em mente que há uma dupla perspectiva: uma incerteza judicial própria do Estado Democrático de Direito e outra destrutiva, cuja natureza

¹⁶² FALCÃO, Joaquim; SCHUART, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, disponível em:

<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/2/2c/Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Incerteza_e_Estado_de_Direito.doc> Acesso em: 30 de outubro de 2014.

¹⁶³ Aqui, inclusive, se questiona a perda do caráter geral e abstrato da lei nas sociedades plurais, pois, atendendo ao jogo de interesse político, já nascem predestinadas a uma situação concreta e a sujeitos específicos. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 7ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁶⁴ FALCÃO, SCHUART, ARGUELHES, op. cit., passim.

predatória merece repressão. Àquela dá-se o nome de “incerteza estrutural”, à outra “incerteza patológica”.¹⁶⁵

A *incerteza estrutural* é decorrência intrínseca do próprio processo interpretativo da norma e aplicação do direito, o que confere legitimidade ao conteúdo incerto da decisão judicial (na postulação as partes não sabem quem vencerá a demanda). Trata-se de peça essencial, incriticável na constância de qualquer Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a incerteza patológica traz a noção de *indeterminabilidade* da decisão judicial, seja por questões pessoais, como corrupção ou outras subversões ilegais do sistema.¹⁶⁶

Quando se critica a atuação política do juiz fitando a segurança jurídica, está se levando em conta apenas a incerteza patológica, como se a incerteza interpretativa da norma, em face de algumas espécies de direitos (e. g. direitos fundamentais), não fosse uma realidade; como se houvesse apenas uma decisão possível para cada caso concreto. Com esse argumento inacabado, tenta-se excluir da função jurisdicional seu potencial de “incerteza estrutural”, vale dizer, “particular da ciência jurídica, presente no dia-a-dia jurisdicional, desde a formulação normativa até sua aplicação pelos tribunais”.¹⁶⁷

Há de se ter em mente que a estabilidade das decisões pressupõe unicamente que seu conteúdo, conquanto incerto, esteja estribado em uma fonte legítima, do contrário prevalecerá incerteza patológica, fundada em critérios exclusivamente subjetivos.

Portanto, a segurança jurídica não depende de uma atividade jurisdicional limitada ao sincretismo metodológico positivista. Atualmente a premissa maior (que antes era a lei formal) pode ser construída por aspectos subjacentes da norma, e em alguns casos, pelas próprias perspectivas sociais do julgador, que, sem agregar suas ideologias e preconceitos, julga em conformidade aos graus de razoabilidade e proporcionalidade.

¹⁶⁵ FALCÃO, Joaquim; SCHUART, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, ..., passim.

¹⁶⁶ Idem, ibidem.

¹⁶⁷ ROSILHO, Andre Janjácómo; FERREIRA, Carolina Cutrupi; CUSCIANO, Dalton Tria, et. al. Fundamentação e previsibilidade no STF: Uma forma de análise da argumentação dos ministros em recursos extraordinários, in CARVALHO, Flávia Martins de Carvalho; VIEIRA, José Ribas, (coord.). Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI, Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, P. 23.

Com efeito, somos levados a concluir que o que atenta contra a segurança jurídica não é a *incerteza estrutural* proveniente de um juízo politizado, pelo contrário essa medida tem inovado o sistema democrático e ampliado o acesso à justiça. Agora, a não correção das patologias do sistema é o fator que fortalecem as chamadas incertezas patológicas; esta sim é umas das principais causas que maculam admiração da justiça.¹⁶⁸

¹⁶⁸ FALCÃO, Joaquim; SCHUART, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, *passim*

5 CONTROLE JURIDICIONAL COLETIVO.

5.1 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E FUNÇÃO JURISDICIONAL CONTRA-MAJORITÁRIA

A tutela de interesses difusos e coletivos alargou sobremaneira as possibilidades de controle jurisdicional da Administração Pública. Ante o crescimento progressivo das demandas envolvendo direitos transindividuais, o judiciário potencializa sua função participativa nos fins do Estado. Barroso diz que assistimos uma das mais instigantes novidades dos últimos anos: a ascensão institucional do Poder Judiciário.¹⁶⁹

Neste sentido, deixa o julgador de ser um *departamento técnico* especializado e passa a desempenhar um papel político, dividindo o mesmo espaço com os demais Poderes na República. “Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes”.¹⁷⁰

Efetivamente não se esta afirmando que o Judiciário possui atuação político-ideológica concreta, seus métodos de argumentação, como se sabe, continuam essencialmente jurídico, contudo sua *função* atual é inegavelmente política.¹⁷¹

Não obstante, deve-se ter em mente que o judiciário possui características diversas dos outros Poderes da União, afinal em seus quadros não possui membros investidos por processos majoritários ou critérios eletivos. Tal situação promoveu grande debate acerca da legitimidade dessa função, referida atualmente como papel “contra-majoritário”.¹⁷² O Judiciário carece de legitimação democrática para exercer a jurisdição associada a um viés político?

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>. Visualizado em: 30/10/2014, p.45.

¹⁷⁰ BARROSO, loc. cit.

¹⁷¹ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273.

¹⁷² A expressão “dificuldade majoritária” (the conter-mojoritarian difficulty) foi cunhada Alexander Bickel em “The least dangerous branch” na edição de 1962. O autor é citado por Barroso. BARROSO, Luís

O principal fundamento que lança por terra este questionamento está na supremacia da vontade popular, ou seja, nas aspirações do texto constitucional democraticamente estabelecido: a Constituição enquanto expressão da vontade popular, deve prevalecer sobre os atos do Poder Público, que divergirem de seus termos. O que deve prevalecer é sempre a vontade constitucional, se confrontada com a vontade discricionária do administrador. Assim, cabe ao Judiciário, no exercício de sua função de aplicação e interpretação do Direito, concretizar a supremacia constitucional, negando validade ao ato ou incutir em mora o Administrador no caso de omissão, se em desconformidade com Texto Supremo.

Contudo, ao juiz não é legítimo promover por si a incumbência do Administrador, mas assegurar a observância dos procedimentos adequados na persecução do interesse público.¹⁷³ Nestes termos, se por um lado a Constituição protege direitos fundamentais, difusos e coletivos impondo a adoção de políticas públicas que os viabilize, também favorece opções políticas discricionárias a serem perseguidas a seu tempo pelo poder Executivo, considerando a natureza da função que este Poder exerce. A questão da judicialização de políticas públicas demanda um traçado de critérios objetivos de controle, separando o que é matéria de determinação constitucional e o que é matéria de processo majoritário, pois conforme preleciona Ana Paula Barcelos:

Se a constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente indefesa do controle jurídico. Em suma: não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas de limitação do primeiro pelo segundo.¹⁷⁴

Contudo, como a autora confirma, há de se observar que:

Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,..., p. 47.

¹⁷³ BARROSO, loc. cit.

¹⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, in Revista de direito administrativo, nº 240, 2005, apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,..., p. 48.

(...) em um Estado Democrático de Direito não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral.¹⁷⁵

O fenômeno tem sido matéria de construção doutrinária nos últimos anos, período em que a atividade criativa do juiz tem se mostrado mais efetiva, seja pela conscientização de cidadania que a sociedade adquiriu, seja pelos resultados que começamos a colher do potencial acesso à justiça que a tutela coletiva visa impulsionar. Nosso escopo neste último capítulo é sintetizar os fundamentos doutrinários em um estudo acerca das principais peculiaridades, limites e possibilidades da atuação política do órgão julgador quando provocado a decidir sobre políticas públicas. Teremos especial dedicação à ação civil pública, considerando sua amplitude temática e profundidade processual.

De início, veremos que a proteção judicial destes novos interesses possui especificidades que não condizem mais com o processo individualista e que um olhar diferenciado da jurisdição torna-se medida de rigor. Após, buscaremos expor as possíveis tensões e limitações objetivas desse viés politizado da tutela coletiva, quando do controle de políticas públicas.

5.2 PARTICULARIDADES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS.

Ante os fundamentos apresentados, estamos convencidos que a jurisdição contemporânea, em certa medida, será sempre criativa. Tal característica se potencializa nos casos de tutela coletiva dos direitos difusos e coletivos, em função das peculiaridades destes novos direitos. Vejamos.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, in Revista de direito administrativo, nº 240, 2005, apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, ..., p. 48.

5.2.1 Judicialização do interesse público.

A tradição individualista definia o interesse público como direito exclusivamente do Estado, em oposição aos direitos individuais. O Estado detinha a titularidade plena do interesse coletivo, devendo abster-se de interferir no âmbito privado, senão na forma da lei. Ao sabor do tempo, o interesse público rompeu esta feição unilateral voltada exclusivamente para os interesses da *polis* passando a abranger não apenas o interesse do Estado, mas o interesse da sociedade em geral.¹⁷⁶

Esse expressivo alargamento fez com que o interesse da sociedade nem sempre coincida necessariamente com o interesse do Estado.¹⁷⁷ Não é raro nos depararmos com situações no cotidiano da Administração Pública em que o agente ou governante, a pretexto de atuar na defesa do interesse público, promove atos sobre sua própria perspectiva individual e não exclusivamente coletiva.

Por conseguinte, quando se fala em interesse geral da coletividade não se deve ter em mente o simples interesse do Estado, sob a dicotomia público/privado, mas sim do interesse da sociedade como um todo.¹⁷⁸ Quando a norma residual do inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil prevê a intervenção do Ministério Público “*nas causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte*”, não se impõe a intervenção ministerial porque se está discutindo circunstâncias de interesse estatal, menos ainda pelo fato de o Estado figurar como parte no processo. Como se disse linhas anteriores o Ministério Público assumiu ampla autonomia funcional, o que inclusive nos faz questionar a viabilidade de um regime de tripartição de poderes atualmente.

Enfim, fato é que o conceito de interesse público evoluiu: de um primeiro momento de titularidade exclusiva do Estado, em contraposição ao interesse do

¹⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa de Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 47.

¹⁷⁸ MAZZILLI, op. cit., p. 46.

indivíduo, para um segundo momento em que passou a ser visto como interesse geral da sociedade, em oposição ao “interesse público secundário”.¹⁷⁹

Ante sua natureza abstrata, a noção de interesses difusos por vezes se confunde com interesse público primário. Quando o juiz é provocado a decidir sobre direitos difusos e coletivos é levado a fazer uma apreciação do interesse público de forma *direta* o que era repudiado na noção clássica: lembre-se a titularidade era exclusiva do Estado. Sob a égide ultrapassada, a Jurisdição se ocupava primordialmente dos litígios individuais buscando a tutela de interesse de mesma natureza.

Antes do advento da ação popular e, vinte anos depois, da ação civil pública, nosso processo civil era predominantemente clássicos imperando a *personalidade* – ou seja, a *apresentação* quanto à pertinência subjetiva - e a *tutela individual* de direitos subjetivos. A proteção do interesse público, bem como sua implementação incumbia exclusivamente ao Legislativo ou ao Executivo, de modo que o papel do Judiciário, nas ações cíveis, não se revestia do interesse público, “era um produto indireto da solução dos litígios individuais”.¹⁸⁰

Por óbvio, tal sistema não se mostrou eficiente para a proteção coletiva, principalmente nos Estado de conformações Social. Isto porque, considerando o agigantamento do Estado, a própria administração muitas vezes não é capaz de exerce eficientemente seu papel de polícia, ou então porque ela mesma pode ser o vetor de prejuízos coletivos. Por essa razão, várias mudanças processuais foram necessárias, no sentido de atribuir também ao juiz a proteção do interesse público. Os meios processuais de proteção de direitos difusos e coletivos, principalmente a ação civil pública, viabilizaram uma tutela mais efetiva desses direitos, pois, possibilitaram ao juiz “apreciar o interesse público não mais de forma mediata, mas

¹⁷⁹ A distinção entre interesse público primário e secundário foi proposta por Renato Alessi, atento ao fato de que nem sempre o Poder Público atende aos interesses da coletividade. Interesse público secundário é aquele inerente à perspectiva do administrador, que atua em nome do Estado e em prol do interesse da coletividade, já o interesse público primário seria o próprio interesse social, vale dizer, o interesse da coletividade como um todo. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa de Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

¹⁸⁰ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 472.

direta, ditando mediada que ele mesmo pode exigir, mesmo contra a Administração”.

181

Note-se como a simples mudança de concepção acerca de um conceito predefinido podem inculcar alterações relevantes em todo o sistema jurídico. A evolução conceitual de interesse público possibilitou, em larga medida, a função criativa da jurisdição contemporânea.

5.2.2 O caráter abstrato dos meios de reconhecimento de direitos difusos e coletivos.

O tema já foi objeto de análise em linhas anteriores, contudo não cingimos a perspectiva à tutela coletiva. Em consonância ao pensamento de Jose Eduardo Faria, dissemos que a Constituição, em suas normas de observância obrigatória, busca a viabilização de certos fins públicos prioritários, implementáveis por meio de políticas públicas. Tais normas, em sua maioria, não possuem um conteúdo jurídico expresso. Com efeito, na maioria dos casos os direitos difusos e coletivos, erigidos à dignidade constitucional, são reconhecidos por meio de princípios constitucionais, cuja natureza abstrata viabiliza a atuação política do magistrado quando da interpretação e aplicação do direito. Nestes casos o judiciário opera um verdadeiro *fechamento do conteúdo normativo* destas normas, interpretando sua aplicabilidade ao caso concreto.¹⁸² Dissemos também, que esta parece ser a intenção do constituinte acerca da atividade jurisdicional coletiva, vale dizer considerando a extensão dos efeitos da decisão, bem como prevendo a incapacidade do legislador ordinário de regular a magnitude dos direitos transindividuais, ampliou o papel institucional do Judiciário neste particular.

Cumprido consignar que, conquanto possuam uma estrutura normativa particular diferente das regras, essas normas constitucionais (os princípios) possuem

¹⁸¹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 472.

¹⁸² FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público, in: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo civil e interesse público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81.

eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que não ocorre com as normas programáticas, sobre as quais não se incute propriamente direitos subjetivos.¹⁸³

É importante ter essa distinção em mente porque, acerca de direitos difusos, a Constituição manifesta a aplicabilidade direta e a observância imediata de seus efeitos, o que nos permite classificar a norma conforme sua natureza, ou seja, se se trata de uma regra, um princípio constitucional ou uma norma programática.¹⁸⁴ Isso será relevante para determinarmos quando será possível ou não a imposição de uma obrigação à Administração Pública, posto que normas programáticas, via de regra, não possuem aplicabilidade imediata, mas os princípios e regras constitucionais possuem em sua plenitude.

Tomemos como exemplo a disposição do artigo 225 da Constituição Federal que versa sobre proteção do meio ambiente: para além de estabelecer a incumbência conjunta do Poder Público e da coletividade à sua proteção, define as principais tarefas da Administração acerca deste direito difuso, como “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida e o meio ambiente”. Neste caso, evidentemente, não se trata de uma norma programática na medida em que não estabelece abstratamente um programa a ser perseguido (a ser regulamentado por lei posterior), tão pouco de um princípio considerando o contido normativo completo. Em verdade, estamos diante de uma regra constitucional de observância obrigatória e aplicação imediata que autoriza ao juiz, com base em suas disposições, impor obrigação de fazer ou não fazer à Administração Pública, por meio de ação civil pública.¹⁸⁵

Por outro lado, verifiquemos o que dispõe o artigo 37 da Constituição Federal de 1988: “A administração pública, direta ou indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Note-se a abstração de suas disposições e a ausência de conteúdo normativo expresso: trata-se de princípios constitucionais. No caso dos princípios,

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138.

¹⁸⁴ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites..., p. 477.

¹⁸⁵ FONTES, loc. cit.

conteúdo jurídico da maioria dos direitos transindividuais, por sua “ausência de disposição legal específica, podem facilmente autorizar o juiz a impor obrigação de fazer, bem como anular atos administrativos”.¹⁸⁶ Quanto a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública, cabe maior ressalva, ante aos supostos limites da chamada discricionariedade administrativa e a reserva do possível; temas que abordaremos mais à frente.

Contudo, de antemão podemos dizer que seria precoce afirmar a impossibilidade da imposição de obrigação ativa à Administração, posto que diante da situação concreta, essa pode ser a única solução passível de viabilizar a aplicação efetiva das normas constitucionais.¹⁸⁷

Portanto, os interesses transindividuais – vinculados à proteção ambiental e do patrimônio cultural, à implementação de saúde e educação, etc. – são geralmente consignados na Constituição, nas declarações de direitos nacionais ou internacionais e seu reconhecimento, via de regra, se faz por meio de princípios constitucionais, hoje dotados de ampla força normativa e caráter vinculante.¹⁸⁸

Com efeito, quando o Judiciário é chamado a aplicar esses princípios, terá que desempenhar um papel fundamental de concretização desses direitos no caso concreto, fechando, segundo sua cognição imparcial, o *conteúdo normativo* desse meio de decisão de textura aberta.

5.2.3 Da difusão contingencial dos interesses transindividuais

Como apregoa Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁹, direitos transindividuais são “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida”.

Havíamos abordado que na segunda metade do século passado, as demandas por direitos aumentam na mesma proporção em que o Estado assume

¹⁸⁶ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites..., p. 477.

¹⁸⁷ FONTES, loc. cit.

¹⁸⁸ FONTES, loc, cit.

¹⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p. 92, apud FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites..., p. 477.

para si a realização de interesses antes reservados à esfera privada. Entre nós, percebemos este fenômeno com a edição da Constituição Federal de 1988, ao idealizar certa ingerência regrada do Estado. Direitos sociais, econômicos, difusos e coletivos agigantam as incumbências do Ente Público, que se torna incapaz de regular e implementar todos os interesses que surgem.

Nesta situação o legislador mostra-se materialmente incapacitado de atender todas as expectativas dos representados; as situações que podem revelar interesses difusos e coletivos, não são previsíveis de antemão nem seus meios de solução são determináveis *prima face*. Ora, a via judicial mostra-se como a mais propícia à realização material desses direitos, contudo sob a condição de maior margem de liberdade de apreciação dos princípios e cláusulas gerais no caso concreto.¹⁹⁰

5.3 O PROBLEMA DA CONFLITUOSIDADE INTERNA: O PAPEL POLÍTICO DO JULGADOR E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pela amplitude que deles se exprimem (artigo 129, III da CF), os direitos transindividuais exigem que sua realização seja pautada por critérios de aplicação de princípios constitucionais. Por essa razão, interesses difusos e coletivos tendem a se contrapor, no caso concreto, com outros interesses de mesma significação constitucional, vale dizer, pode haver conflitos radicais entre interesses relevantíssimos, por vezes também difusos.¹⁹¹

Com efeito, “essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constante investidas, frequentemente também de massas, contrapondo grupos *versus* grupos, em conflitos que se coletivizam em ambos os polos”.¹⁹²

Nas sociedades pluralistas é inevitável a colisão de normas constitucionais, seja entre princípios, direitos difusos e coletivos ou entre os mais diversos direitos

¹⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1999. P. 60

¹⁹¹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites..., p. 473.

¹⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p. 92, apud FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites..., p. 477.

fundamentais. Nestes casos a atuação do julgador será por meio da técnica da ponderação, já que a mera subsunção torna-se insustentável:

Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do interprete criará o direito aplicável ao caso concreto.¹⁹³

Neste mesmo sentido, o assente fundamento de Sergio Cruz Arenhart:

É, portanto, natural à ação coletiva colocar a discussão a respeito de dois ou mais interesses relevantes, em condições opostas no processo. Diante disso, o juiz é normalmente colocado a interferir em um destes interesses, a fim de beneficiar o outro, o que implica muitas vezes, um papel político do magistrado na eleição do interesse 'mais relevante' e que merecerá, no caso, proteção. A eleição destas 'prioridades de relevância', no mais das vezes, dotará o magistrado de elevada carga de escolha pessoal, firmada em critérios subjetivos, algo a que os juizes não estão ainda habituados, pois é algo que se verifica de regra em ação individual.¹⁹⁴

Tal situação leva a Jurisdição a ponderar os interesses em jogo, resultando ao cabo uma escolha do juiz, uma opção política do julgador no caso concreto.¹⁹⁵ Conforme diz Barroso¹⁹⁶, terá o magistrado duas opções: se possível, promoverá *concessões recíprocas* fitando a máxima preservação dos direitos em conflitos; não sendo este o caso, irá proceder a escolha do direito que merece prevalecer no caso concreto por este satisfazer em maior medida as determinações constitucionais. Igual posicionamento se exprime da percepção do Professor Arenhart:

O choque determinado entre os interesses em jogo imporá ponderar, no caso concreto, o valor específico a ser dado a estes interesses, bem como a

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, p.14.

¹⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 506.

¹⁹⁵ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da Separação dos Poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites,..., p. 474.

¹⁹⁶ BARROSO, op. cit., p. 14.

extensão da lesão que se imporá ao interesse sacrificado e correspondente privilégio a ser oferecido ao outro valor.¹⁹⁷

Não se trata de uma aplicação sega ao caso concreto. Considerando que um interesse relevante irá se sobrepor a outro de mesma natureza, a tutela do prevalecente só será legítima se atender a “certo limite” de violação ao valor concorrente. Transgredido esse limite, a ponderação restará em desconformidade com o texto constitucional. Daí a relevância na utilização do princípio da proporcionalidade, por viabilizar a dissolução do conflito por critérios hermenêuticos específicos - fundados na relação entre meios, fins e motivos.¹⁹⁸

Precisamente a utilização da proporcionalidade será um instrumento de utilização constante no processo coletivo. Quando se fala desse instrumento hermenêutico a doutrina leva em conta três aspectos de consideração necessária: A adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.¹⁹⁹

É necessário se atentar quanto às finalidades dos valores em conflitos, das quais se exprime meios específicos para sua realização. Dentre os meios possíveis deve-se optar pelo de maior potencial de adequação ao caso concreto, vale dizer o meio mais adequado a satisfazer os fins propostos. Contudo, isto não basta, necessário que o meio mais adequado seja aquele cujos efeitos produzirá menor prejuízo aos outros valores subjugados, ou seja, é o que tem maior exigibilidade. Por fim o julgador deverá se precaver acerca dos resultados dessa opção, de modo que ela seja a mais vantajosa em comparação com os demais valores em conflitos, avaliando-se a proporcionalidade em sentido estrito.²⁰⁰

Portanto, a atuação política do julgador em matéria coletiva, efetivamente não é uma escolha alucinada, fundado em critérios ideológicos ou subjetivos do interprete, mas sim em sólidos critérios de interpretação hermenêutica.

¹⁹⁷ , Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 507.

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário,...., p. 506.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil,...., p. 14; ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário,...., p. 508.

²⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 508.

Com isso nos parece correta a afirmação dos autores contemporâneos no sentido de que a atuação do juiz na aplicação dos direitos difusos e coletivos, bem como os efeitos de sua tutela, assumem critérios interpretativos fundados em um viés politizado.²⁰¹

Embora se tente esconder esta imposição sobre o mando de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade. A ação civil pública é, neste passo, instrumento de exercício de democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la exerce nítida função política, ao lado da jurídica.²⁰²

Todavia, como dissemos anteriormente, a jurisprudência tem demonstrado timidez acerca dos novos rumos da atuação do juiz. Tal estranhamento nos parece compreensível, afinal, em um passado não muito distante - antes da criação da ação popular entre nós, a proteção de direitos transindividuais restringia-se à incumbência exclusiva do Executivo e do Legislativo, supostos titulares do “interesse público”. Lembre-se: ao Judiciário cabia apenas a sua realização indireta, sem investir-se na proteção e realização do interesse público primário. O receio não deve se sustentar, pois, como dissemos se o julgador partir de pressupostos objetivos no cumprimento da vontade constitucional, ainda atuará na arena de suas finalidades institucionais. Pensamento contrário nos aproximaria das conotações liberais clássicas, em que se trocou o absolutismo dos homens pela força absoluta da lei formal, mesmo que em detrimento dos ideais de justiça. Entre nós, isto não mais se opera.

Quando a Jurisdição atua no controle de políticas públicas sua função não é a criação desses conjuntos de medidas administrativas, mas sim de confrontar a vontade da ordem jurídica com a vontade do Poder Público, que, como diz Mazzei,

²⁰¹ Neste sentido: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto – Ação civil pública, direitos sociais e os princípios. In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 559; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014; ARENHART, Idem ibidem, p. 509; FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 472 e ss

²⁰² ARENHART, op. cit, p. 509.

nem sempre estarão em estado de confluência.²⁰³ Também não usurpa a função do Executivo na implementação das medidas de governo, mas se limita a “indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida”.²⁰⁴

Assim, resta consignar que vivemos sob a égide de uma nova forma de Jurisdição, que acompanhou a reforma institucional operada pelo Estado Democrático de Direito. Nesta conformação o magistrado deve ter em mente seu papel ativo, voltado à realidade social; deve conscientizar-se que sua função não se resume apenas à exteriorização da “vontade abstrata” do comando legal. Usando a precisa lição do Professor Arenhart²⁰⁵, o juiz não é mais mero “burocrata”, compromissado com a aplicação frígida da lei.

Frente a demandas coletivas este conteúdo político das sentenças se atenua. Os efeitos da tutela coletiva transcendem a mera individualidade, pelo que a indeterminabilidade dos sujeitos a serem atingidos pela decisão conferem ao ato jurisdicional inegáveis semelhanças à lei genérica e abstrata. Resultado disso é uma magistratura projetada para efeitos exteriores à relação processual²⁰⁶, cuja decisão agrega imenso potencial transformador na sociedade.

Contudo, tais avanços institucionais do Judiciário, promovem também o debate acerca dos acréscimos de suas limitações funcionais. Na tutela coletiva voltada a políticas públicas, o fulcro do problema estaria em encontrar um equilíbrio na relação entre medidas de discricionariedade da Administração pública, que evoluem a textura de conveniência de sua função, os limites financeiros do Estado, que supostamente legitimariam uma atuação limitada à reserva do possível e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, cuja preservação reserva-se ao Judiciário.

²⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa de Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

²⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 509.

²⁰⁵ ARENHART, loc. cit.

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 742/743.

Sobre essa relação difícil nos debruçaremos a seguir. Primeiramente nos ocuparemos das medidas de discricionariedade, para, após, indagarmos se a suposta “reserva do possível” tem ou não aplicabilidade absoluta.

6 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 CONTROLE JURIDICIONAL DA DISCRICIONALIDADE ADMINISTRATIVA. A DISCRICIONARIEDADE ADVÉM DA NORMA, MAS NEM SEMPRE DO CASO CONCRETO

Discricionariedade administrativa pode ser entendida como a margem de liberdade deixada ao juízo de conveniências e oportunidade do administrador quando a lei não regula, de maneira expressa, os direcionamentos de determinada conduta administrativa.²⁰⁷

Sobre a margem do mérito administrativo não se imiscuiria a atividade jurisdicional, de modo que incindicáveis as decisões tomadas neste âmbito. De fato, são importantes as limitações impostas ao controle judicial dos atos de governo. Com efeito, a função do magistrado não é reger os rumos que o Estado deve tomar, até porque se trata de uma questão de legitimação representativa.²⁰⁸ Precisamente o compromisso do Judiciário é com a preservação da ordem jurídica, incluindo aqui os princípios constitucionais.

Contudo, antes de qualquer coisa, deve-se ter em conta que discricionariedade administrativa não se confunde com interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.²⁰⁹ Frequentemente estes conceitos aparecem no texto legal como motivo para um ato administrativo, principalmente aqueles vinculados às políticas públicas de necessidades básicas; a exemplo, nos deparamos muito com termos como “interesse público” ou “utilidade” pública”. Celso Antônio Bandeira de Melo, entende que nesses casos de indeterminabilidade, é possível o controle judicial e que, de fato, não se trata de *discricionariedade ampla*. Seria um problema de interpretação, em que o administrador estará submetido a um limite de apreciação do conteúdo abstrato da norma, passível de controle jurisdicional.

²⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 432/433.

²⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 515.

²⁰⁹ O professor Sergio Cruz Arenhart, diz que “logicamente, não se deve ver discricionariedade em qualquer ato administrativo cuja disciplina legal esteja permeada de tratamento por conceitos vagos”. Idem, ibidem, p. 517. Entendemos que o referido autor guarda a mesma posição aqui afirmada.

Consigna o autor que a Administração goza de certa margem de liberdade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, para além da qual estaria violando a lei. Esses conceitos, conquanto abstratos, são “signos” e como tal possuem algum significado indiscutível quando de sua interpretação, pois:

(...) compreendem uma *zona de certeza positiva* dentro da qual ninguém duvidaria da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas.²¹⁰

Quanto à discricionariedade em si, consigne-se que o legislador confere em alguns casos liberdade à Administração Pública para que, ao sabor das circunstâncias sociais (que se reconfiguram com muita frequência), possa optar por uma escolha ótima em prol do interesse público. Contudo, há de se ter em conta que a discricionariedade referida existe na norma, mas pode ser reduzida (a necessidade e conveniência), ou mesmo deixar de existir, no caso concreto. Esta percepção de “redução da discricionariedade no caso concreto” é do alvitre de Celso Antônio Bandeira de Mello.²¹¹

Podemos sintetizar a ideia do Mestre no seguinte fundamento: a liberdade de apreciação segunda a conveniência do Administrador por vezes pode, diante da situação concreta, reduzir-se a quase zero, pois algumas vezes são admissíveis uma única ou pouquíssimas opções aceitáveis. Nestes casos a discricionariedade perde seu efeito diante da clareza da solução mais adequada – ou seja, a *zona de certeza positiva* é de tal monta que a *zona de certeza negativa* reduz-se à insignificância, diminuindo drasticamente a discricionariedade a uma única escolha racionalmente “ótima”, de modo que fugir desta única, ou poucas opções evidentes, incorre em ilegalidade.

Com efeito, é certo que a lei não assume indiferença quanto ao advento, nos vários casos concretos, ora de soluções ótimas, ora de soluções sofríveis ou mesmo ruins, pois se assim fosse, haveria sido redigida em termos de vinculação absoluta. Se não prefigurou vinculação foi exatamente, porque não se satisfaz com isto e não aceita a providência que

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26. (grifos nossos).

²¹¹ Idem, ibidem, p. 33/36.

lhe atenda excelentemente os objetivos. (...) Logo, discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportáveis pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto (...) Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito do que perante a situação concreta.²¹²

Portanto, nos casos em que se torna evidente uma opção no caso concreto, se por ventura atua o agente em desconformidade, resta legítima a intervenção judicial para apuração da ilegalidade do ato administrativo. Afinal de contas, obras públicas de restauração estrutural de uma escola condenada, impondo riscos à incolumidade física dos alunos, não restaria muitas dúvidas acerca da necessidade da atuação do Poder Público. Neste “caso hipotético”, as circunstâncias do caso concreto reduzem em muito a discricionariedade do ato comissivo da Administração. Mesmo não ocorrendo o dano, portanto inexistindo responsabilidade civil do Estado, pode o judiciário impelir obrigação de fazer à Administração Pública, para que promova os atos de efeitos materiais.

Ademais, nos casos de abuso de direito²¹³, esse controle pode ser operado em função dos princípios constitucionais da Administração os quais se depreende do artigo 37 do Texto Supremo (Legalidade, Impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), ou mesmo dos princípios gerais do direito como a razoabilidade ou proporcionalidade.

Portanto, acerca do tema é importante ter em mente que a liberdade que goza o administrador na implementação ou não de políticas públicas, não está em função de interesses subjetivos de si mesmo ou de suas preferências políticas; trata-se de “espaço de manobra” voltada exclusivamente para o interesse público, inculcando a melhor providência possível a esse desiderato.²¹⁴

Destarte, fica evidente que se a opção mostrar-se ilegal, indigna, abusiva, contrária aos princípios constitucionais, deficiente ou infundada, mesmo que a

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33/43.

²¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 519.

²¹⁴ Idem, ibidem, p. 518.

pretexto de discricionabilidade administrativa, conflitará imediatamente com o interesse público. Nestes casos resta legítimo o controle judicial da medida.²¹⁵

Conquanto extremamente instigante a evolução institucional do Judiciário, de nada adiantaria o fortalecimento do direito material, centrado nas lesões, ou prevenção de lesão de massa, se não acompanhada de adequada técnica processual.²¹⁶ A ação civil pública conta com modernos aparatos processuais de controle de políticas públicas, o que facilita ao julgador aplicar em sua plenitude a função institucional que lhe compete. Contudo, o conservadorismo ainda demonstra certos receios, muitas vezes infundados. Este é tema que segue.

6.2 SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL: A OBRIGAÇÃO DE FAZER NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

A doutrina atribui à ação civil pública o grande alargamento do controle jurisdicional da Administração no Brasil. Paulo Gustavo Guedes Fontes²¹⁷, diz que o referido meio processual tornou-se o sucessor da ação popular, por dispor de um instrumental mais “*extenso*” e mais “*profundo*”:

“Mais extenso na medida em que a utilização da ação civil pública não está circunscrita a temas ou matéria específicas, podendo servir à defesa de outros interesses difusos e coletivos”²¹⁸, De fato, conforme se depreende do artigo 127, III da Constituição Federal e do artigo 1º, IV da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), ampliou-se grandemente as matérias argúveis em sede de ação civil

²¹⁵ Quanto ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, entendeu o STJ que “os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio”. REsp 1.041.197-MS Rel. Min. Humberto Martins. Informativo nº 404. DJ25.08.2009. Veja-se também o precedente do STF na APDF 45-DF, DJ 04.05.2004, p. 12, de relatoria do Min. Celso de Mello.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Vol. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

²¹⁷ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites, ..., p. 471.

²¹⁸ FONTES, loc. cit.

pública, não apenas à proteção do patrimônio público. Como diz o autor, a “cláusula geral” presente na LACP, viabilizou o ajuizamento de inúmeras ações contra a Administração Pública nos mais diversos âmbitos, como “direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social”.²¹⁹ Tal perspectiva confirma entre nós a feição interventora do Estado brasileiro, bem como reafirma um ideário de participação popular democrática que urge na nossa sociedade.

“Mais profundo porque a ação civil pública permite ao juiz impor obrigação de fazer e não fazer. Na ação popular o objeto imediato é principalmente a anulação do ato administrativo”.²²⁰ É o que se verifica no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública.

Com a massiva “judicialização” dos atos de governo cresceu os questionamentos acerca das obrigações impostas no quadro a ação civil pública. Passaremos a analisar algumas destas supostas tensões no âmbito processual.

6.3 OBRIGAÇÃO DE FAZER EM FACE DO PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ainda dentro do tema limites e possibilidades de controle do ato administrativo discricionário, encontram-se algumas questões controvertidas acerca das imposições de um *fazer* ao administrador público. Grande parte das ações civis públicas, propostas pelo Ministério Público, versam sobre anulações de atos administrativos contrários ao interesse coletivo, como a cassação de uma permissão administrativa; vemos também muitas ações cujas causas de pedir, descrevem uma omissão administrativa, cujo pedido pretende a imposição de uma obrigação de não fazer. Tal é o caso das demandas para a defesa do patrimônio público ou do meio ambiente. Agora, as ações civis públicas, visando uma obrigação de fazer no âmbito da atividade regulamentar ou prescritiva da administração são, segundo a doutrina,

²¹⁹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites,..., p. 471

²²⁰ FONTES, loc. cit.

as que suscitaram os maiores debates acerca da medida de discricionariedade administrativa.²²¹

Poder administrativo regulamentar é a forma pela qual a administração expressa sua função normativa mediante expedição de regulamentos complementares à lei formal, a fim de viabilizar sua fiel execução. Conforme assevera Maria Silvia Di Pietro:

Os regulamentos jurídicos ou normativos estabelecem normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as normas inseridas no poder de polícia limitadora dos direis individuais em benefício do interesse público. Eles voltam-se para fora da Administração Pública.²²²

Portanto, note-se que no âmbito o exercício do poder de polícia a Administração Pública assume uma das maiores margens de discricionariedade, considerando a amplitude interpretativa de conceitos como “interesse público” (artigo 78 do Código Tributário Nacional). Este é, precisamente, um problema a ser enfrentado.

Sobre o controle de o poder regulamentar da administração, Paulo Gustavo Guedes Fontes, aduz acerca da possibilidade de, através da imposição de obrigação de fazer, haver um “tombamento judicial” de imóveis ou sítios em razão de seu *valor histórico e cultural* (Decreto Lei 25/1937 no âmbito federal). Estes conceitos indeterminados, tanto o “interesse público” quanto “valor histórico e cultural”, como dissemos anteriormente, não são, prima face, afastáveis do controle judicial por razões de conveniência subjetiva da Administração. Com efeito, esta discricionariedade está sempre submetida a uma “margem de livre apreciação”.²²³ Lembre-se que esta *liberdade* decorre da lei, mas nem sempre haverá discricionariedade no caso concreto. Afinal:

(...) embora fosse compreensível que o juiz hesitasse quanto ao valor histórico, e conseqüente necessidade de proteção, da calçada da Praia de

²²¹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites,..., p. 481.

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 92.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional,..., p. 26.

Copacabana, revestida de pedras portuguesas, a dúvida não poderia ter lugar tratando-se de proteção do Cristo Redentor!²²⁴

É possível o controle jurisdicional no âmbito da atividade prescritiva da Administração Pública, impondo que se faça algo, ou melhor, que regulamente uma situação conforme estabelecido em lei anterior. Todavia, o controle deve observar a “margem de livre apreciação” no caso concreto. Nas hipóteses em que a “zona de certeza positiva” seja suficientemente ampla, de modo que reduzida a “zona de certeza negativa”²²⁵, seria legítima a intervenção judicial por sentença mandamental.

6.4 A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES MATERIAIS E O CONTRA-ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Algumas ações civis públicas visam impor o que doutrina costuma chamar de atividade material ou fato concreto.²²⁶ Nestas ações o Ministério Público e demais legitimados buscam uma atuação concreta da Administração Pública por meio de ações positivas, como por exemplo a construção de rede de esgoto para implementação de política pública de saneamento básico. Ocorre que realização destes fatos dependeriam de prévia dotação orçamentária, bem como submeter-se à disponibilidade de recursos públicos, vale dizer a medida só seria implementável se viáveis às reais condições econômico financeira do Estado.²²⁷ O Poder Judiciário não poderia impor a realização se o Estado encontra-se efetivamente desprovido de condições materiais de arcar com tal imposição; nestes casos a decisão ultrapassaria o limite do razoável.

A reserva do possível é, de fato, fator de limitação do controle jurisdicional de políticas públicas. Afinal, de nada adiantaria a imposição judicial se o administrador escusasse de cumpri-la sob o fundamento de indisponibilidade de

²²⁴ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 482.

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional, ..., p. 26.

²²⁶ FONTES, op. cit., 483.

²²⁷ “As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotação orçamentária prévia e do programa de prioridades do governante Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que devem edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente” STJ REsp. 169876, rel. Min. José Delgado, DJ, 21.09.1998. No mesmo sentido STJ, AGREsp 252083, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 26.03.2001.

recursos; na realidade seria uma situação vexatória ao judiciário ver seu ato decisório desprovido de eficácia concreta. Ademias, quando se impõem o cumprimento de uma obrigação material desconsiderando a saúde financeira do Estado, desconsidera-se também as repercussões sociais posteriores à imposição.²²⁸ Os recursos empregados no cumprimento da decisão geram prejuízos aos cofres públicos, estes prejuízos, serão remanejados a outras situações delicadas, prejudicando outros direitos de mesma significação, contudo, por vezes, mais desprotegidos, (por exemplo, por falta de acesso à justiça). É uma consequência clássica da ciência das finanças públicas. Assim, importante o fator limitador da reserva do possível ao controle judicial.

Contudo, ainda que se trate de cláusula importante, a reserva do possível não deve ser entendida como obstáculo absoluto. O Judiciário não pode impor uma obrigação inexecutável no caso de indisponibilidade financeira do ente, mas, da mesma forma, a Administração não está sujeita à insidicabilidade geral pelo exclusivo fato de estar desprovido de recursos materiais.²²⁹

Precisamente existem duas hipóteses que, mesmo financeiramente inviável, o Poder Público tem o dever de atuar positivamente na implementação de fatos concretos – com frequência fala-se em obras públicas. Primeiramente, no quadro das ações civis públicas, a reparação dos danos causados pela Administração aos interesses preconizados pelo artigo 1º da Lei 7.347/1985 enseja a reparação material, mesmo que sob o fundamento da reserva do possível. Em verdade nestes casos não se está falando de prioridades de aplicação de recursos públicos, nada tem a ver com ciência das finanças públicas ou com gestão orçamentária, mas sim de responsabilidade civil do Estado que em matéria de direitos difusos e coletivos, exigem a reparação *in natura*, de maneira específica.²³⁰

A segunda hipótese decorre da vinculação constitucional, vale dizer, políticas cujo objeto envolvam direitos fundamentais, bases estruturantes dos valores essenciais da sociedade, não podem ser afastáveis pelo simples

²²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 520.

²²⁹ ARENHART, loc. cit.

²³⁰ FONTES, Paulo Gustavo Guedes, A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites, ..., p. 483.

fundamento de insuficiência de recursos financeiros ou gestão orçamentária. Sobre estes casos temos especial interesse. Há situações em que a atividade material decorre de *diretrizes superiores*, de implementação vinculativa, obrigatória. Nestes casos:

(...) conquanto, os limites orçamentários possam constituir elemento de preocupação na imposição de políticas públicas ao Estado, tais políticas, muitas vezes, realizam garantias fundamentais, a cuja concretização se comprometeu o próprio Estado e seu estatuto constitucional. Diante disto, considerando que tais políticas muitas vezes revelam a efetivação de garantias previstas na Constituição da República, como direitos fundamentais, a falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outro fim – não pode tornar ‘letra morta’ a determinação constitucional, nem sempre permite anular a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para o Poder Público (seja ele o Executivo, seja o Legislativo, seja mesmo o Judiciário).²³¹

A simples indisponibilidade financeira não é fundamento válido para desconsiderar a significação fundamental de direitos difusos e coletivos. Com efeito, os direitos fundamentais admitem sua realização razoável dentro de um *mínimo cabível*, segundo o que as condições autorizam. Trata-se de uma “concretização gradual” podendo ser implementado paulatinamente até sua a satisfação integral.²³²

Portanto, a reserva do possível constitui uma limitação ao Estado para realizar prestações materiais. Contudo, quando essas prestações possuem conteúdo fundado em direitos fundamentais não são absolutamente impraticáveis, admitindo-se a gradual implementação em vários níveis. Isto porque as normas constitucionais, por sua própria natureza, possuem força jurídica vinculante, com

²³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 520.

²³² Sobre o tema, Sergio Cruz Arenhart cita interessante trecho da perspectiva do Joaquim Gomes Conotilho, que merece transcrição: “a gradualidade está associada, por vezes, à ‘ditadura dos cofres vazios’ entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. Se esta ideia de processo gradualístico-concretizador dificilmente pode ser contestado, já assim não acontece com a sugestão avançada por alguns autores sobre a completa discricionariedade do legislador orçamental quanto à actuação socialmente densificadora do Estado. A tese da insindicabilidade das ‘concretizações legislativas’ ou da criação de direitos derivados a prestação pelo legislador assenta no postulado de que as políticas de realização de direitos sociais assentem em critérios excusivos de oportunidade técnico-financeira” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais” in Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2004, p. 110, apud ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 521.

conteúdo normativo obrigatório, de modo que sempre necessário preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais constituem vinculações do constituinte ao Poder Público em geral, de modo que sempre se exprimiram seus conteúdos, mesmo que de forma reduzida ou gradual. “Desse modo, estes direitos somente podem ser restritos - ainda que por conta da reserva do possível - na medida em que esta restrição atende a outro interesse também fundamental”.²³³

Nestes casos impende a aplicação da ponderação de princípios. Pela adequação, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito, se analisará qual direito fundamental deve prevalecer, mas sempre será preservado o núcleo essencial do outro sucumbente (inclusive este é um dos critérios da técnica da proporcionalidade).

Ainda que se olhe sob a perspectiva dos efeitos aos cofres públicos, as atuações matérias pautada em políticas públicas de direitos fundamentais (sejam sociais, difusos ou coletivos) sempre serão exigíveis à satisfação de um “mínimo vital”, correspondente às medidas de uma vida minimamente digna. Mesmo que em condições financeiras difíceis a Administração, antes de tudo, deve submissão a tais ditames constitucionais de modo que elucubrações de ordem financeira ficam em segundo plano. Se o administrador deixou de priorizar os ditames constitucionais para propugnar outras finalidades não tão significativas, incurrirá em ilegalidade, passível de análise jurisdicional. Ora, do contrário, as crises econômicas seriam razões suficiente para o “aniquilamento” dos direitos fundamentais.²³⁴

Assim “verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos público em finalidade *evidentemente menos importantes* do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o estado”.²³⁵

Resta evidente a possibilidade de o Judiciário implementar, ainda que não de modo regular, políticas públicas fundadas em direitos fundamentais. Nestes

²³³ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 521.

²³⁴ Ao citar Robert Alexy, Arenhart diz que os direitos fundamentais seriam aniquilados em função de interesses financeiros do Estado, caso não se observe ao menos o conteúdo mínimo desses direitos relevantes. Idem, ibidem, p. 521.

²³⁵ Idem, ibidem, 522.

casos mesmo que sob fundamento da “reserva do possível” torna-se viável a implementação judicial a fim de se assegurar no mínimo a realização gradual. Com isto evita-se em parte que o governante crie empecilhos artificializados de natureza político financeira a fim de se exonerar de suas obrigações constitucionais que, ao cabo, anula, ou mesmo *aniquila* direitos fundamentais.²³⁶

Por derradeiro, resta dizer que ao princípio da “reserva do possível” continua assegurada sua importante função limitadora do controle jurisdicional, contudo não se deve analisá-lo de forma absoluta. Máxime porque cabe ao Poder Judiciário “não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público”.²³⁷ Além disto, é função do julgador garantir que o “mínimo essencial” será respeitado e comporá a pauta de prioridades do Estado, conforme manda a Constituição Federal de 1988.

Estamos convencidos que se inquirição judicial sobre políticas públicas levar em conta os elementos aqui expostos, ampliará o potencial institucional do Judiciário, por conseguinte reforçará as estruturas de uma tutela mais eficiente dos direitos fundamentais. Esta é a nossa perspectiva, esse é nosso sonho.

²³⁶ V. ADPF 45-9/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.04.

²³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ..., p. 524.

7 CONCLUSÃO

Superados os ideais do liberalismo clássico, impende que nos desassociemos do formalismo inerente à conformação institucional daquele período. A complexidade de uma sociedade pluralizada incute sobre o Judiciário uma posição de maior participatividade no deslinde social. Precisamente por exercer a guarda da ordem legal, incumbe à sua estrutura a defesa e implementação efetiva das normas constitucionais, a fim de que elas não se tornem um conjunto normativo simbólico, mas de aplicabilidade direta, efetiva e imediata. A legitimidade do poder que lhe foi conferido pelos cidadãos depende sobremaneira disso, afinal compete ao Judiciário exercer o papel de última instância protetora dos direitos existenciais mínimos, despertando, ou mesmo impelindo, o Poder Público a atuar em prol da sociedade.

Deve-se observar o controle judicial de políticas pública pelo Judiciário com uma forma de otimizar a função governamental e administrativa, e não como uma ameaça. Trata-se de um complemento, decorrente de olhares neutros de interesses políticos e convergidos às reais necessidades da população.

Isto significa que a tutela coletiva tornou-se um instrumento político, que influência na gestão de políticas públicas, pois, em larga medida, sua operacionalização se realiza por meio de regras de julgamento pautada em princípios constitucionais e cláusulas gerais de direito o que impõe ao julgador ponderar e escolher a melhor medida a ser tomada segundo os cânones constitucionais. Nestes casos a função jurisdicional assume uma *conotação prospectiva* voltada à realização do direito sob aspectos mais amplos que a relação processual individualista. Significa dizer que a sentença coletiva incute, hoje, efetiva transformação social.

Por outro lado, por figurar como última instância da defesa desses interesses, o Poder Judiciário não pode repercutir de maneira desregrada em ofensa ao *balanceamento de poderes*. Sua função de controle será exercida sob os limites definidos pela ordem constitucional, impondo intervenção apenas nos casos desviantes do Poder Público. Isto não significa que os limites, tanto materiais (reserva do possível) como formais (discricionariedade administrativa) devem ser entendidos de modo absoluto, mas sim com base no caso concreto e, principalmente, pela natureza fundamental do interesse pleiteado.

Entendemos que só assim, imperando intenso balanceamento entre Poderes é que o Estado atinge sua garantia de legitimidade, vale dizer observando as determinações da Constituição Federal, que o instituiu, o controle deverá prover de si mesmo, de modo racional e concreto. Esta observação máxime se aplica às demandas coletivas, pois um dos mais completos instrumentos de democracia participativa, transforma-se hoje em condição *sine qua non* de manutenção do Estado Democrático de Direito. O Judiciário, considerado o mais dúctil da Soberania Estatal, principalmente pelo processo dialético jurisprudencial, se adaptou às novas circunstâncias e, finalmente, assume seu papel institucional na República.

8 REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**, 3ª ed., São Paulo: Manole, 2010.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. **A Justiça Geométrica e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo: Elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva**, in GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coord.), *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, disponível em <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/barroso.pdf>>, visualizado em 30/10/2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**, 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes Editora, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**, disponível em <www.libertarismo.org.br/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 31.10.2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Porto Alegre: Fabris, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FALCÃO, Joaquim; SCHUART, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito**, disponível em:

<[http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/2/2c/Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Incerteza e Estado de Direito.doc](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/2/2c/Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Incerteza_e_Estado_de_Direito.doc)>. Acesso em 30.10.2014.

FARIA, José Eduardo. **A definição do Interesse Público**. In: Salles, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes, **A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: Estudo analítico de suas possibilidades e limites**. In: MILARÉ, Edis (Coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471/485

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., São Paulo : IBCD/Celso Bastos, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. **Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**, São Paulo : Safe Fabris, 1998.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ação civil pública, direitos sociais e os princípios**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: RT 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, vol. I, 3ª Ed., São Paulo: 2009.

_____. **Curso de Processo Civil**, vol. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro, **A Defesa de Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público, e outros interesses**, 20 ed., rev., ampl., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Aloísio Gonçalves de Casto. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERCADANTE, Arnaldo. **Comentários à Jurisprudência do STF e do STJ noticiadas nos informativos jurisprudenciais**, Bahia: Editora Podivm, 2010.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel, **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSILHO, Andre Janjácomo; FERREIRA, Carolina Cutrupi; CUSCIANO, Dalton Tria, et. al. Fundamentação e previsibilidade no STF: **Uma forma de análise da argumentação dos ministros em recursos extraordinários**, in CARVALHO, Flávia Martins de Carvalho; VIEIRA, José Ribas, (coord.). **Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI**, Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**, São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 7^a ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007.