

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JORDÃO VIOLIN

PROCESSO COLETIVO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

O controle de decisões políticas mediante ações coletivas

CURITIBA

2011

JORDÃO VIOLIN

PROCESSO COLETIVO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

O controle de decisões políticas mediante ações coletivas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Ph.D. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

JORDÃO VIOLIN

PROCESSO COLETIVO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

O controle de decisões políticas mediante ações coletivas

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart (orientador - UFPR)

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni (UFPR)

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior (UFBA)

Curitiba, 13 de janeiro de 2011.

Aos amigos Sérgio Cruz Arenhart e Fredie Didier Júnior, por terem acreditado no meu trabalho. Seu profundo conhecimento, incansável dedicação e amor ao magistério são para mim exemplos a serem seguidos.

The outstanding truths of life, the great and unquestioned phenomena of society, are not to be argued away as myths and vagaries when they do not fit within our little moulds. If necessary, we must remake the moulds.

Benjamin N. Cardozo

RESUMO

Ao reconhecer força normativa aos princípios, o neoconstitucionalismo inverteu a lógica que regia o positivismo. Neste, os princípios eram extraídos das regras de direito positivo. No novo contexto, a interpretação das regras passou a ser orientada pelos princípios constitucionais. Como estes juridicizam valores, também a função jurisdicional foi reformulada. De mero aplicador de silogismos, o juiz passou a verdadeiro concretizador de direitos fundamentais. Essa tarefa ressalta a natureza argumentativa do direito, porquanto exige a ponderação de valores. Daí o caráter político da jurisdição. O processo coletivo, por frequentemente veicular direitos indisponíveis, evidenciou esse fenômeno e as limitações do direito processual clássico para a compreensão do controle de decisões políticas dos poderes eleitos. O princípio da legalidade formal, nesse sentido, perde a função de limitar a atividade jurisdicional, que passa a ser restringidas por uma razão justificadora, uma vez que responsiva aos valores constitucionais, e não à aprovação popular. Desse modo, o controle de decisões políticas mediante ação coletiva é legitimado pelas garantias processuais do contraditório, imparcialidade, pelo dever de motivação e seus corolários. Essas garantias e deveres, quando materializadas em atos processuais, devem levar em conta a natureza coletiva do litígio e o fato de ele ser dirigido contra o Poder Público. É necessário, assim, compreender o processo como uma ágora, em que o debate não é marcado por uma contraposição de interesses, mas pelo comum objetivo de atingir o interesse público a partir dos direitos constitucionais. Equilibram-se, dessarte, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da harmonia entre os poderes.

Palavras-chave: Jurisdição. Tutela coletiva. Judicialização da política. Controle de decisões políticas. Políticas públicas. Separação de poderes. Protagonismo Judiciário. Concretização de valores constitucionais. Neoprocessualismo.

ABSTRACT

By recognizing the normative force of principles, neoconstitutionalism reversed the logic that ruled positivism. In this, principles were extracted from positive rules. In the new context, the interpretation of rules is guided by constitutional principles. As these legalize values, Adjudication function has been reformulated. Judge is no more an applier of syllogisms, but plays an important role on concretizing fundamental rights. This task highlights the argumentative nature of Law, as it requires a balancing of values. Hence the political character of the jurisdiction. Class actions, which often carry inalienable rights, cleared both this phenomenon and the limitations of classical civil procedure to support the judicial control of the elected branches' policy decisions. The rule of Law as a formal principle lost the function of limiting adjudication, which is now restricted by a justifying reason, for it's responsive to constitutional values, not to popular approval. Thus, the use of class actions to control policy decisions is legitimized by the procedural safeguards of fair hearing, impartial judgment, the duty of motivation and its corollaries. These guarantees and obligations, when materialized in the procedural acts, must take into account the collective nature of the dispute and the fact that it is directed against the State. So, it is necessary to understand the process as public law litigation, in which the debate is not marked by conflicting interests, but by the common goal of achieving the public interest. Thus, judicial review and separation of powers can coexist under the same Constitution.

Keywords: Adjudication. Class actions. Judicial review. Control of policy decisions. Public policies. Separation of powers. Judicial activism. Implementation of constitutional values.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. FUNÇÃO JURISDICIONAL E SUA MUTAÇÃO.....	22
1.1 O Racionalismo e a Matematização do Direito.....	22
1.2 Chiovenda e a Jurisdição como Atuação da Vontade Concreta da Lei.....	29
1.3 Carnelutti e a Concepção de Jurisdição Fundada na Lide.....	33
1.4 Fase Instrumentalista: a redescoberta da realidade social e a aderência do processo ao direito material.....	37
1.5 Neoprocessualismo.....	41
1.6 Jurisdição no Sistema Anglo-americano: delineamentos gerais.....	46
1.7 Conclusão.....	50
2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	54
2.1 A Nova Conformação Fática da Teoria da Separação dos Poderes.....	54
2.2 O Caráter Contramajoritário da Jurisdição.....	61
2.3 A Legitimação Política da Jurisdição.....	67
2.4 O Caráter Argumentativo do Direito.....	73
2.5 Argumentação Jurídica e Argumentação Política: os princípios como limites interpretativos.....	77
2.6 A dimensão fática do problema.....	83
2.7 Conclusão.....	91

3. PROCESSO COLETIVO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO.....	93
3.1 Objeto do Controle.....	93
3.1.1 Definição das políticas públicas prioritárias: o mínimo existencial e a reserva do possível.....	95
3.1.2 Controle dos meios e controle dos resultados.....	102
3.1.3 Controle da insuficiência.....	107
3.2 Legitimação Coletiva e Representação Adequada.....	109
3.2.1 Necessidade do controle judicial da representação adequada.....	111
3.2.2 Possibilidade de controle judicial da representação adequada.....	117
3.2.3 Os riscos e benefícios envolvidos no controle judicial da representação adequada.....	120
3.2.4 Critérios para o controle da representação adequada.....	123
3.2.5 Controle judicial da representação adequada <i>de lege lata</i>	128
3.3 Garantia do Contraditório no Processo Coletivo.....	129
3.3.1 Direito de informação e a representação dos interesses do grupo.....	131
3.3.2 Direito de reação, intervenção individual e legitimação coletiva passiva.....	134
3.3.3 Direito de influência e a limitação da decisão judicial.....	139
3.3.4 Dever de colaboração.....	142
3.3.5 Dever de participação.....	145

3.4 Atividade Probatória.....	148
3.4.1 Objeto da prova e prova estatística.....	149
3.4.2 Falibilidade científica e insuficiência de provas: a vinculação da coisa julgada à realidade material.....	153
3.4.3 Dever de informação e presunção de veracidade dos atos administrativos.....	158
3.4.4 Distribuição dinâmica do ônus da prova.....	161
3.5 Atuação da Tutela: pontos críticos.....	163
3.5.1 A multa coercitiva.....	164
3.5.2 A intervenção judicial.....	170
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	185

INTRODUÇÃO

É natural que o direito, compreendido como um sistema aberto aos influxos dos valores, acompanhe as opções políticas e as grandes linhas de pensamento de cada tempo.¹ Abrigado sob a proteção constitucional, esse conteúdo axiológico adquire normatividade e repercute também sobre as bases do direito processual. Desse modo, “o processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”.²

A previsão, no direito positivo brasileiro, de um sistema destinado a tutelar direitos de massa fez aportar ao Judiciário uma série de pretensões até então desprovidas de eficiente proteção. Duas insuficiências do processo liberal-individualista contribuíam para tal *déficit*: o conceito tradicional de legitimidade ativa, incapaz de abarcar interesses que extrapolassem a esfera individual; e a dificuldade de se reconhecer ao magistrado o poder de *imperium*, o que inviabilizava a efetivação dos direitos não patrimoniais.

A primeira dificuldade decorre do fato de que o Código de Processo Civil, ao disciplinar o processo individual, adotou regra geral segundo a qual somente a pessoa que se diz titular de um direito lesionado ou ameaçado pode postular em juízo a tutela estatal. Partiu-se da presunção de que não haveria, salvo hipóteses excepcionais, ninguém melhor que o próprio titular para defender seu direito. Daí classificar-se, tradicionalmente, a legitimação de acordo com a correspondência entre a parte material e a parte

¹ “A teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à idéia do histórico. Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas. A teoria do processo, portanto, também reflete a idéia de uma época.

Na verdade, a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição; a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo retiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17-18.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

formal. Em outras palavras, entre a parte cuja relação jurídica de direito material é afirmada e a parte que age em juízo. Caso ambos os sujeitos coincidam, trata-se de legitimidade ordinária.³ Caso contrário, tem-se a legitimidade extraordinária, nas modalidades substituição ou representação. Nesta, a parte age em nome alheio, em benefício de direito alheio. Naquela, a parte age em nome próprio, porém em benefício de direito alheio.

No processo coletivo, solução idêntica seria impossível, já que pela própria natureza dos direitos metaindividuais os titulares são indetermináveis, indeterminados ou de difícil ou impraticável determinação.⁴ Como, então, outorgar legitimidade aos titulares do direito, se eles não podem ser *a priori* identificados? A incompatibilidade se aprofunda quando se percebe que o objeto de tais direitos é indivisível: ainda que se consiga determinar o grupo detentor do direito, ele não pode ser tutelado parcialmente. Ou o direito é protegido e todos se beneficiam, ou o direito não é protegido e ninguém se beneficia. Direitos metaindividuais não comportam “meia tutela”.

Diante dessas peculiaridades, optou o legislador, na Lei de Ação Popular, por conferir legitimidade aos cidadãos para defesa do patrimônio público. Na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, conferiu-se aptidão para tutela de direitos coletivos a um rol de instituições, dentre eles o Ministério Público, associações, sindicatos, Defensoria Pública, além de órgãos e entidades da administração direta e indireta. Como compreender a legitimidade desses entes? Como justificar que os interesses de toda a coletividade titular do direito substancial possam ser representados por alguém que não foi eleito, autorizado ou escolhido para tanto pelos integrantes do grupo?

³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. II, p. 89-90.

⁴ Em certa medida, o conceito clássico de legitimação extraordinária seria suficiente para explicar a substituição processual quanto aos direitos individuais homogêneos. Para os coletivos e difusos, no entanto, ele não se encaixa perfeitamente, exatamente porque não se consegue determinar com a precisão que seria desejável quem seriam os substituídos. Sobre o tema, v. VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 43-57.

A classificação tradicional da legitimação não explica os fundamentos da legitimação coletiva. Daí o entendimento de que ela não seria nem ordinária, tampouco extraordinária, mas um *tertium genus*, cujo fundamento está não na titularidade do direito, mas na sua adequada representação em juízo: a chamada legitimação autônoma para a condução do processo.⁵

Tendo a representação adequada como pressuposto de legitimidade, fica fácil perceber por que a legitimação coletiva é *concorrente e disjuntiva*.⁶ O representante do grupo atua com absoluta independência em relação aos representados,⁷ independe da presença deles no processo⁸ e de sua anuência ou autorização, de modo que todos os legitimados podem agir em conjunto ou isoladamente para tutelar direitos coletivos. Para que a representação seja válida, todavia, deverá ser adequada. Ou seja, os legitimados coletivos nada mais são do que *longa manus* dos titulares dos direitos.⁹

Se assim acontece, então não importa quem é a entidade que atua no processo, mas se os interesses do grupo estão sendo adequadamente representados.¹⁰ Se o legitimado coletivo tiver uma atuação adequada, todos

⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1885. No mesmo sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68.

⁶ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 180.

⁷ ASSIS, Araken de. Substituição Processual. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 53.

⁸ ASSIS, Araken de. Substituição Processual. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 54.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 813. Os autores esclarecem essa ideia na seguinte passagem: “Poder-se-ia equiparar o fenômeno, para melhor compreender-se o que aqui se diz, com a hipótese de determinado sujeito, titular do direito, possuir, para a tutela de seus interesses em juízo, dois ou mais substitutos processuais. A propositura da ação por qualquer um deles (seja pelo titular, ou ainda por um dos substitutos) e seu julgamento acarreta a incidência da coisa julgada não apenas, por óbvio, àquele que efetivamente propôs a ação, mas também para os demais (co-legitimados), porque a relação jurídica material já foi julgada”.

¹⁰ “Em verdade, não há que se falar em ‘representante inadequado’. Trata-se de uma contradição em termos. Todo representante é, por definição, adequado; caso contrário, não houve representação legítima. O representante inadequado, portanto, é um não-representante. Essa é uma questão extremamente delicada no caso das demandas coletivas, em que o representante não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

os interesses deduzidos na ação estarão devidamente representados em juízo, a despeito de quem seja seu porta-voz.¹¹ Por isso, a rediscussão da causa será obstada não apenas para o autor da ação coletiva, mas para todos os demais co-legitimados, na medida em que os interesses cuja tutela estes poderiam buscar já foram objeto de adequada representação. Afinal, os co-legitimados nada mais são que pessoas aptas a deduzir a mesma pretensão de direito material titularizada pelo grupo e já discutida.

A dificuldade de se reconhecer ao magistrado o poder de ordenar, por outro lado, remonta à recepção do direito romano clássico. Durante o período das *legis actiones* e o período formulário,¹² por se conceber a jurisdição como atividade declaratória (*iuris dictio*), diferenciavam-se duas formas bastante características de tutela: a *actio*, destinada a direitos obrigacionais, decorrentes de uma relação jurídica creditícia; e os interditos, que visavam à proteção dos direitos reais (*iura in re*).¹³

A *actio* tinha por objetivo que o *iudex* – figura equivalente a um árbitro escolhido pelas partes – declarasse a existência de uma obrigação (*accertamento*).¹⁴ Sua decisão, a *condemnatio*, não podia ser imposta contra a vontade do sucumbente.¹⁵ Porquanto proferida por terceiro alheio ao Estado, a condenação era destituída de autoexecutoriedade. Caso não cumprida

¹¹ No direito norte-americano, Owen FISS adota semelhante posicionamento: “Acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de ‘direito de representação’: não ‘um dia na corte’, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo”. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 215.

¹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 45-47.

¹³ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e Diritto Subiettivo*. Napoli: Jovene, 2006, p. 32-34.

¹⁴ *Accertamento*, no dizer de Carnelutti, é a aplicação de uma norma jurídica qualificada pelo caráter de obrigar, de vincular. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. I, p. 224.

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952, p. 126-127.

voluntariamente, exigia execução judiciária.¹⁶ E, se impossível o cumprimento da *obligatio* original, a obrigação era convertida em pecúnia.¹⁷

Já os interditos, destinados aos direitos reais, não tinham função de obter do *praetor*, o magistrado estatal, uma declaração, mas de determinar um comportamento da parte contrária – via de regra, um dever de abstenção, já que os direitos reais exigem somente, para sua fruição, que o sujeito passivo não atrapalhe o uso da coisa. Esse poder de emitir ordens não era jurisdição, pois não havia *iuris dictio*. Era um ato de *imperium*, o poder estatal de impor as próprias decisões.¹⁸

A diferenciação entre essas duas atividades fundava-se na verossimilhança do direito.¹⁹ Se este fosse evidente e não exigisse discussão, poderia ser tutelado imediatamente mediante uma ordem do *iudex*, independente de prévia cognição. Caso contrário, o direito debatido deveria ser anteriormente declarado – o que somente poderia ser feito pelo pretor, em sua função de *ius dicere*.²⁰ Da nítida separação entre cognição e execução decorreu o conceito de jurisdição desprovido do poder de ordenar.

A condenação começou a ganhar espaço sobre os interditos quando obscureceram as fronteiras que bem distinguiam obrigação e direito real. Para tanto, contribuiu a errônea compreensão de que a *litis contestatio* transformaria qualquer direito debatido em juízo numa relação jurídica obrigacional, na qual o demandante seria credor e, o demandado, devedor.²¹

¹⁶ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 116-119.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 66-70.

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 69-70.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 46.

²⁰ “O conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*; e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma *ordem*, a ser cumprida pelo demandado, vale dizer, se o direito não fosse ‘da se sufficiente’ para realizar-se através de uma atividade própria e exclusiva do titular. Se, todavia, o direito se mostrasse ‘plenum et sufficiens’, então bastava declará-lo exercendo, neste caso, atividade jurisdicional, enquanto *ius dicere*, confiando em que o demandado, ante a exortação (*rectius*, condenação), cumprisse a sentença”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. São Paulo: RT, 1996, p. 26.

²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 241.

Ou seja, confundia-se a relação jurídica processual com uma relação obrigacional. Assim, diante de pretensões da mesma natureza, não fazia mais sentido a existência de dois procedimentos diversos. Ao se reduzir toda e qualquer pretensão a uma relação obrigacional, os interditos perderam importância. E esse equívoco interpretativo fez com que todo direito posto em juízo fosse tutelado como obrigação.²²

Tal compreensão atravessou os séculos praticamente inalterada. No século XIX, encontrou ambiente propício para ser acolhida cientificamente. Diante do furor classificatório típico do positivismo, mais preocupado com construções sistemáticas que com a tutela efetiva dos direitos, e de um direito substantivo essencialmente liberal, voltado aos bens patrimoniais, cognição e execução continuaram separadas em compartimentos estanques, como se fosse esta a natureza das coisas. Nesse sentido, Liebman chegou a afirmar que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”.²³

Esse estado de coisas apenas recentemente começou a ser superado. O direito brasileiro admite há bastante tempo, em procedimentos especiais como o interdito proibitório, que o juiz atue sobre a vontade do demandado. Foi, entretanto, somente na medida em que o ordenamento passou a reconhecer direitos não patrimoniais que se acentuou a necessidade de o magistrado impor condutas.²⁴ Os direitos de personalidade, assim como o direito à saúde e ao meio ambiente, por exemplo, são incompatíveis com o modelo da reparação em pecúnia. Também a aceleração das relações sociais exigiu meios de proteção mais rápidos e eficientes contra a violação de direitos. É o caso do desrespeito à titularidade de marcas e inventos.²⁵ Nesses casos, a dificuldade de quantificação do dano requer um julgador capaz de determinar a observância do direito por parte do réu, e não apenas uma exortação a que

²² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 72-73.

²³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 15.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 352-353.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, 84-87.

este cumpra a sentença, se quiser (e, caso não queira, poderá continuar a locupletar-se do ato ilícito, respondendo posteriormente por perdas e danos que dificilmente atingirão o valor do lucro obtido com o desrespeito à decisão judicial).

Contra essa situação, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 461, a possibilidade de o juiz *ordenar*, utilizando-se do meio coercitivo que se mostrar mais adequado a influir na vontade do demandado, ou determinar a prática do equivalente por terceiro. Desse modo, atualmente, parece pacífico afirmar que o julgador tem o poder de determinar que o réu – seja ele particular ou um ente estatal – pratique ou deixe de praticar a conduta que, por ação ou omissão, viola o direito do requerente. E esse poder não é limitado pelo princípio da tipicidade das formas executivas.²⁶ Para estimular o réu a cumprir a ordem imposta, o magistrado deve encontrar o meio mais eficiente, seja ele de indução ou de subrogação. Assim, a coerção pode variar de imposição de multa até medidas mais incisivas, como a intervenção judicial,²⁷ o seqüestro de verbas, bloqueio de contas ou a proibição de participar de licitação.

Superados, pois, ambos os entraves (o conceito tradicional de legitimação ativa e o não reconhecimento dos provimentos mandamental e executivo) que dificultavam a adequada tutela dos direitos de massa, passou o Judiciário a se deparar com questões substancialmente diversas daquelas que caracterizavam sua função. Se até então predominava um modelo de solução de controvérsias pontuais, atrelado a fins privados, o crescente acesso de conflitos metaindividuais à Justiça desencadeou o debate de problemas mais amplos e relevantes, não somente em razão de sua maior abrangência

²⁶ Art. 461, § 5º do CPC: Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

²⁷ Sobre o tema, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

subjetiva, mas também por estarem frequentemente atrelados a direitos fundamentais.

O sistema de tutela coletiva deslocou o foco do processo, por exemplo, do direito de *um* indivíduo de matricular-se em escola pública para o direito da *coletividade* de ter condições materiais de acesso ao ensino público. A discussão passou a recair não sobre uma desavença isolada, mas sobre questões estruturais, que envolvem decisões políticas e alocação de recursos, tais como a localização da escola, capacidade física das instalações, disponibilidade de transporte público e contratação de profissionais.

A via processual coletiva abriu caminho, portanto, para que se discutisse em juízo a definição e execução de políticas públicas destinadas a promover direitos constitucionalmente assegurados, como saúde, educação, higidez do meio ambiente, preservação do patrimônio histórico-cultural e outros direitos de massa. Essa nova compreensão da função jurisdicional considera o litígio em sua totalidade, buscando suas raízes.²⁸ Por esse motivo, é chamada de modelo de reforma estrutural, porquanto direcionada “para as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições”.²⁹

O controle judicial de políticas públicas não surgiu, dessarte, com o processo coletivo. Mas esse sistema de tutela elevou a complexidade do tema, em razão da maior abrangência da decisão coletiva ante a individual.³⁰ O

²⁸ 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. 504.

²⁹ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 50.

³⁰ “Indeed, one of the most typical features of our century has been an explosive expansion of governmental and group interventions and Power. Problems such as controlling governmental authorities and pressure groups; participation of the individual in the public and social life, to avoid moral and material suffocation; finally, protection of basic individual liberties against these new forms of oppression – all these problems have assumed unusual proportions in our days. This, too, ought to be reflected in the administration of justice. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report). In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law Prepared at the Request of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 769.

processo coletivo é capaz de interferir no plano fático de maneira muito mais dramática do que o processo individual. Para perceber a diferença, basta contrapor a decisão que determina ao Estado que forneça tratamento médico a um indivíduo à decisão que determina ao Estado que forneça tratamento médico a todos os indivíduos portadores de determinada doença.³¹

Com a afluência de questões políticas ao Judiciário, percebeu-se a insuficiência do tradicional modelo de subsunção do fato à norma para resolver litígios coletivos, em que se contrapõem interesses normalmente de nível constitucional.³² Assim, paralelamente à judicialização da política, observa-se a politização do Judiciário, num fenômeno bifronte que denota que a decisão judicial, nesses casos, carrega uma valoração política feita pelo magistrado.³³

Esse é um panorama fático, não um cenário ideal. Não há que se discutir se as decisões judiciais devem encerrar opções políticas, mas *em que medida* o Judiciário está autorizado a rever as escolhas políticas dos demais Poderes. Existem diversos direitos assegurados constitucionalmente cuja realização depende de atuação estatal mediante estabelecimento de programas de ação. A omissão do Poder Público desrespeita esses direitos, e o Judiciário está obrigado pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) a corrigir tais violações.

³¹ “(...) sempre que a atividade dos outros ‘poderes’ se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a*, quando verificada a omissão. Note-se, com efeito, que essa prática é corriqueira no cotidiano forense. Inúmeras são as ações (mesmo apresentadas perante tribunais superiores) em que se pretende prestação positiva do Estado ou, ao menos o controle de sua atividade. Normalmente, sequer se atenta que tais demandas desconsideram a ideia de ‘separação de poderes’ (e mesmo a consuetudinária proibição da atuação do magistrado como ‘legislador positivo’). Apenas em determinadas questões – em que a conveniência política aponta para solução em que convenha não interferir na atuação estatal – é que se invoca as teorias acima descritas, totalmente superadas pela história, como óbice para a atuação jurisdicional”. 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.

³² 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.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006, p. 60.

O controle judicial das políticas públicas poderia, assim, ser estudado sob os enfoques da teoria política, da sociologia, da economia, do direito administrativo, constitucional, dentre outros. O presente trabalho busca compreender as linhas gerais do tema no que diz respeito ao direito processual civil coletivo, com recurso às outras áreas do conhecimento quando necessário.

O que se discute, nesse sentido, é qual o papel reservado ao Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Não há dúvidas de que o preenchimento de conteúdo desses direitos compete a toda a sociedade, e que o juiz exerce importante função mediadora nesse procedimento.³⁴ Mas como conciliar a nova função jurisdicional com a liberdade política tradicionalmente reservada a Legislativo e Executivo?

Para responder a essa questão e a outras dela decorrentes, é preciso antes de tudo compreender o conceito de jurisdição e como ele se desenvolveu até a contemporaneidade. Afinal, o direito, como produto cultural, é histórico. Suas verdades são relativas, e só podem ser entendidas a partir das concepções de mundo aceitas na época em que produzidas. Se mudaram as demandas submetidas ao Judiciário, e as teorias da jurisdição não mais explicam os fenômenos jurídicos, então é preciso revê-las e adaptá-las às necessidades do Estado contemporâneo.³⁵ Enxergar os problemas atuais e explicá-los a partir dos antigos paradigmas, mais que ilógico, é ideológico: representa-se falsamente a realidade em razão do apego a pressupostos superados.³⁶

O presente estudo será dividido em três partes. Na primeira, buscar-se-á demonstrar que a natureza política da atividade jurisdicional

³⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 34-35.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 24.

³⁶ “A ideologia congela a história como uma ‘segunda natureza’, apresentando-a como espontânea e, assim, inalterável. O pensamento conservador, diz Eagleton, imagina que tudo aquilo que ‘foi verdadeiro’, sempre e em toda a parte o será, devendo ser tido como ‘inato à natureza humana’”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 23.

decorre da superação do paradigma liberal-individualista e compreender essa função do Estado à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo.

Na segunda parte do trabalho, serão abordados os fundamentos teóricos que possibilitam o controle judicial das decisões políticas e seus limites. O objetivo será apontar como a judicialização da política exige a reconstrução do conhecimento jurídico a partir da realocação das premissas que estruturam o direito processual civil.

Estabelecidos tais conhecimentos, será possível então estudar os aspectos procedimentais do controle de decisões políticas mediante ações coletivas. Será fundamental definir o objeto de uma ação dessa natureza, quais suas implicações na legitimidade ativa, contraditório, atividade probatória e nos meios de efetivação da tutela coletiva.

Espera-se, assim, descrever os reflexos do protagonismo judiciário no direito processual coletivo de modo a contribuir para que o processo coletivo seja um instrumento de promoção dos direitos fundamentais e de construção de um modelo democrático marcado pela participação popular no processo decisório.

1 FUNÇÃO JURISDICIONAL E SUA MUTAÇÃO

1.1 O Racionalismo e a Matematização do Direito

As grandes linhas do pensamento jurídico moderno foram consolidadas no século XIX, espelhando a episteme racionalista dominante,³⁷ segundo a qual as ciências humanas deveriam apresentar resultados indubitáveis e exprimir verdades tão incontestáveis quanto as da matemática e da astronomia.³⁸

A primeira e mais importante consequência dessa premissa foi a concepção de que “o direito deveria ser uma ciência *explicativa*, não uma ciência da *compreensão*, como as correntes da Filosofia do Direito contemporâneas o consideram. Supõe-se que a *incidência* e, conseqüentemente, a *aplicação* da lei sirva-se do mesmo raciocínio lógico com que o matemático demonstra a correção de um teorema qualquer”.³⁹

Após superar o jusnaturalismo então hegemônico, o positivismo jurídico incidiu em equívoco semelhante àquele que imputava a essa corrente filosófica: o transcendentalismo. Com efeito, o direito natural buscava um sistema derivado de princípios de justiça universalmente válidos e atemporais – o que implicava dizer que uma norma só seria válida quando justa. A positivação do direito substituiu esses princípios pela norma, alçada a

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

³⁸ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 93.

³⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 96-97. Destaques no original.

verdadeiro dogma.⁴⁰ Uma vez definida legislativamente a *fattispecie*, a consequência deveria ser aplicada sem maiores interpretações ou temperamentos. O positivismo reduziu a justiça da norma à sua validade: justa era a norma válida.⁴¹

Como um dos maiores legados do racionalismo à ciência do direito foi a ideia de que o sistema jurídico poderia ser todo deduzido a partir de certas regras gerais com o uso da razão,⁴² na passagem do jusnaturalismo para o positivismo a norma continuou a ser um objeto transcendente, universal. O que houve foi apenas um deslocamento de seu fundamento de validade, que deixou de ser material (justiça) para ser formal (promulgação por órgão competente).⁴³

Na Europa continental, o contexto social pós-Revolução Francesa catalisou a tendência positivista de identificar lei e direito. Se até então o positivismo jurídico era apenas uma corrente filosófica derivada do positivismo

⁴⁰ “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, v. 1, p. 659.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35-42.

⁴² “No uso histórico da filosofia do direito e da jurisprudência, parece-me que emergem três diferentes significados de sistema. Um primeiro significado é aquele mais próximo do significado de ‘sistema’ na expressão ‘sistema dedutivo’, ou, mais precisamente, foi calcado nele. Em tal acepção, diz-se que um dado ordenamento é um sistema, uma vez que todas as normas jurídicas daquele ordenamento derivam de alguns princípios gerais (também chamados de ‘princípios gerais de direito’), considerados nos mesmos moldes dos postulados de um sistema científico. Como se pode ver, essa acepção demasiado vinculativa do termo sistema referiu-se historicamente apenas ao direito natural. Uma das mais constantes pretensões dos jusnaturalistas modernos, pertencentes à escola racionalista, foi a de construir o direito natural como um sistema dedutivo. E, tendo em vista que o exemplo clássico do sistema dedutivo era a geometria de Euclides, a pretensão dos jusnaturalistas resolvia-se na tentativa (realmente desesperada) de elaborar um sistema jurídico *geométrico more demonstratum*”. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 224-225.

⁴³ “A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto que foi a Revolução Francesa”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 134.

científico, na França liberal esse movimento ganhou *status* de fundamento da estrutura política.

Embora se tenha convencionado o ano de 1789 como o início da Revolução Francesa, é possível identificar a primeira brecha para o levante dois anos antes, com uma reação da nobreza (primeiro estado) e do clero (segundo estado) contra Luis XVI. O monarca, em razão da crise socioeconômica decorrente da arcaica estrutura administrativa, conjugada com o envolvimento da França na guerra da independência americana,⁴⁴ pretendia limitar as amplas isenções tributárias de que gozavam ambas as ordens.⁴⁵ Sem perceber que seus privilégios dependiam do absolutismo, nobres e clérigos incitaram o terceiro estado – do qual fazia parte a burguesia em ascensão, detentora de considerável poder econômico em comparação com o quase inexistente reconhecimento político – a lutar contra o poder despótico.⁴⁶

Pressões das três classes sociais levaram o rei a convocar, em 1789, os Estados-Gerais. Os representantes dos três estados eram unânimes na intenção de limitar o poder real. Ao clero e à nobreza, contudo, interessava somente a reorganização financeira e tributária do reino. Já o terceiro estado buscava uma verdadeira reforma política, que o incluísse no processo decisório. Ilustrativo desse momento histórico é a conclamação de Sieyès,

⁴⁴ HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 87-90.

⁴⁵ “A crise do governo deu à aristocracia e aos *parlements* a sua chance. Eles se recusavam a pagar pela crise se seus privilégios não fossem estendidos. A primeira brecha no fronte do absolutismo foi uma ‘assembléia de notáveis’ escolhidos a dedo, mas assim mesmo rebeldes, convocada em 1787 para satisfazer as exigências governamentais. A segunda e decisiva brecha foi a desesperada decisão de convocar os Estados Gerais, a velha assembléia feudal do reino, enterrada desde 1614. Assim, a Revolução começou como uma tentativa aristocrática de recapturar o Estado. Esta tentativa foi mal calculada por duas razões: ela subestimou as intenções independentes do ‘Terceiro Estado’ – a entidade fictícia destinada a representar todos os que não eram nobres nem membros do clero, mas de fato dominada pela classe média – e desprezou a profunda crise sócio-econômica no meio da qual lançava suas exigências políticas”. HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 90.

⁴⁶ O descompasso entre o poder econômico da burguesia capitalista e a estrutura política da França é evidenciado pela comparação internacional: “Durante todo o século XVIII a França foi o maior rival econômico da Grã-Bretanha. Seu comércio externo, que se multiplicou quatro vezes entre 1720 e 1780, causava ansiedade; seu sistema colonial foi em certas áreas (como nas Índias Ocidentais) mais dinâmico que o britânico. Mesmo assim a França não era uma potencia como a Grã-Bretanha, cuja política externa já era substancialmente determinada pelos interesses da expansão capitalista. Ela era a mais poderosa, e sob vários aspectos a mais típica, das velhas e aristocráticas monarquias absolutistas da Europa. Em outras palavras, o conflito entre a estrutura oficial e os interesses estabelecidos do velho regime e as novas forças sociais ascendentes era mais agudo na França do que em outras partes”. HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 86.

naquela que viria a ser uma das obras seminais sobre o poder constituinte: “Que é o Terceiro Estado? Tudo. Que tem sido até agora na ordem política? Nada. Que deseja? Vir a ser alguma coisa”.⁴⁷

O clero e a nobreza tentaram diversas manobras para conter o ímpeto reformista do terceiro estado, que defendia votação individual, por deputado, uma vez que contava também com o apoio do baixo clero e da nobreza liberal. Os dois primeiros, por comungarem dos mesmos interesses, queriam que as eleições fossem por estamento.⁴⁸

Ante a impossibilidade de conciliação, Luís XVI tentou dissolver os Estados Gerais. Em 15 de junho, os representantes do Terceiro Estado rebelaram-se e, um mês depois, juntamente com deputados do baixo clero, os Estados Gerais autoproclamaram-se Assembleia Nacional Constituinte.⁴⁹ Em 1791, a primeira Constituição Francesa implantaria uma monarquia constitucional.⁵⁰

A passagem do *Anciën Régime* para a sociedade moderna foi um processo violento, que tomou de assalto as antigas instituições, sem que houvesse consenso sobre os novos rumos. Por isso, a França só viria a reencontrar relativa estabilidade em 1799, com o golpe de 18 brumário e a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder. O restabelecimento da ordem e da segurança seria impensável sem um governo forte, capaz de centralizar a produção normativa. Tem início, então, o Estado Legislativo.⁵¹

⁴⁷ SIEYÈS, Emmanuel J. *A constituinte burguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 113.

⁴⁸ LEFEBVRE, Georges. *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 81.

⁴⁹ LEFEBVRE, Georges. *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 82-84.

⁵⁰ HOBBSBAWN, Eric J. *Ecos da Marselhesa: dois séculos revêem a Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 18-19.

⁵¹ “Antes do Estado Legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores, e por esse motivo existia uma grande pluralidade de fontes, procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja, etc. *A criação do Estado Legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

Com efeito, o monismo jurídico era condição imprescindível para garantir a segurança jurídica tão necessária ao desenvolvimento da economia. Mas a monopolização da produção do direito pelo Estado não seria suficiente para tanto. Era preciso também definir previamente quais as condutas lícitas e quais as condutas ilícitas, bem como suas conseqüências.⁵² Mais que isso, para conter os desmandos do governo monárquico, era imperioso que qualquer limitação à liberdade individual fosse produto da vontade do próprio povo.⁵³

O princípio da legalidade, apto a garantir o monopólio estatal das fontes legislativas e, ao mesmo tempo, a relativizar o poder real, acabou, em razão do contexto revolucionário, distorcido. De um lado, despontou o fetiche pela lei escrita. De outro, a teoria da separação dos poderes elaborada 50 anos antes por Montesquieu⁵⁴ começou a ganhar foros de fim em si mesmo.

Essa teoria concebe a jurisdição como um poder nulo. Aos juízes não seria dado interpretar a lei em face da realidade social, mas somente declará-la, tal como posta pelo legislador. O fundamento desse sistema repousa na tese de que a lei seria tradução da vontade geral e do bem comum, porque elaborada (indiretamente) pelo povo. Assim, ganhou relevo o movimento codificatório, que pretendeu vincular o juiz à literalidade do texto legal, de modo a impedir o arbítrio estatal decorrente das inovações judiciais.⁵⁵

Na França, a Revolução derrubou a monarquia absolutista e implantou um novo governo, baseado nos valores burgueses de igualdade e liberdade. Os juízes do Antigo Regime se apresentavam como funcionários

⁵² “A primazia da lei assinala assim a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime. O Estado de Direito e o princípio da legalidade supunham a redução do direito à lei e a exclusão, ou mesmo a submissão à lei, de todas as demais fontes do direito”. ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 24

⁵³ “Na luta política contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha que ser acentuada cada vez com mais força, como critério adequado, até converter-se em critério decisivo de conceituação da lei. De tal modo é que a lei passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 25-26.

⁵⁴ A primeira edição da obra foi publicada em 1748.

⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 84.

régios: eram nomeados pelo Monarca e em seu nome sentenciavam.⁵⁶ Nada mais natural, então, que o novo governo olhasse com ressalvas para os magistrados. Por isso, o poder jurisdicional foi limitado de forma a ser simplesmente a boca que aplica a lei no caso concreto mediante subsunção.

Durante a Terceira República, o *rule of law* já era concebido como o *rule of law made by Parliament*. O culto à lei, que era vista com qualidades quase divinas, derivava da filosofia iluminista, segundo a qual o direito posto, como expressão do interesse geral, não poderia jamais infringir a liberdade dos cidadãos, porquanto elaborada por eles mesmos, ainda que indiretamente. Assim, o Legislativo foi concebido como um poder superior aos demais. A noção de Estado de Direito deteriorou-se em Estado Legalista.⁵⁷

Tal qual concebido no direito continental europeu, portanto, o princípio da legalidade nada mais representou que um elemento que permitiu a transição do *Ancien Régime* para o Estado Liberal, sem, contudo, alterar a dinâmica do regime político deposto. O absolutismo monárquico foi substituído pelo absolutismo do Parlamento.⁵⁸ Se, antes, os atos de governo não podiam ser controlados porque não se vinculavam a uma norma geral, com o Estado Legalista esse controle se tornou possível. No entanto, não se podia sindicat o conteúdo das normas. Afinal, lei era o ato emanado pelo Parlamento, em função de representação popular, independentemente de seu conteúdo. Com o Judiciário nítida e deliberadamente subordinado ao Legislativo, o direito foi reduzido ao que o Parlamento entendesse por lei.⁵⁹

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 24.

⁵⁷ GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of the recent constitutional developments*, p. 2-7. Disponível em <<www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>>. Acesso em 23/10/2009.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 26.

⁵⁹ “O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuraram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da ‘vontade do legislador’, conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído. Como diria Cappelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus ‘consumidores’”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

Percebe-se, pois, como o contexto pós-revolucionário contribuiu para a tendência positivista de se apegar à lei. Essa visão reducionista do fenômeno jurídico, marcada pela pretensa objetividade e neutralidade, bem como pela crença num ordenamento perfeito e sem lacunas, deixou profundas marcas não apenas na teoria geral do direito, mas também no direito processual civil. Afinal, foi imerso nesse conjunto de discursos que o direito processual se firmou como ciência jurídica, mormente após a publicação da obra de Oskar von Bülow, em 1868.⁶⁰⁻⁶¹ Desse modo,

A influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através das ideias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis.⁶²

Os resultados do surgimento da ciência processual em meio ao paradigma racionalista são evidentes: a ordinarização do procedimento – que

⁶⁰ VON BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais)*. Giesen: Emil Roth, 1868. A importância dessa obra reside no fato de, ao compreender o processo como uma relação jurídica, ter estruturado uma série de pressupostos de existência e validade, tal qual a relação jurídica de direito material, inaugurando assim o estudo sistemático do direito processual.

⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

⁶² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56. Extremamente instigante é a leitura que o autor faz sobre a recepção do cristianismo na modernidade, como fundamento para o individualismo. Aduz o Professor da UFRGS, à p. 60 da mesma obra, que “iremos encontrar, a partir do Renascimento, como o substrato espiritual que melhor o define, o chamado *Humanismo*, transformado depois no *individualismo*, que Louis Dumont considera, a nosso ver com razão, ‘a ideologia moderna’ por excelência. E, não obstante o *individualismo* seja uma invenção moderna, o humanismo de que ele se nutre tem origem no mais remoto cristianismo. Na verdade, o humanismo é a grande mensagem transmitida pela moral cristã, reorientada, porém, na doutrina medieval, especialmente a partir de Guilherme de Ockham, no sentido de um *nominalismo* absoluto (...)”. Em outras palavras: o humanismo cristão, ao ser recepcionado pela filosofia moderna, passou pela “filtragem” da filosofia nominalista, para a qual o único real seria o particular; o universal só existiria na alma do sujeito cognoscitivo; não seria concedida ao universal qualquer existência real. Nesse sentido, o humanismo, desprovido de universalidade, conduziria ao individualismo, que caracterizou a modernidade e impregnou todo o processo civil.

ainda hoje dificulta uma tutela preventiva fundada em juízo de verossimilhança, eis que o processo civil busca justificação na cognição exauriente, da qual decorreria a certeza do direito;⁶³ a limitação dos poderes do juiz, que por muito tempo careceu de *imperium* para efetivar suas decisões, ficando impossibilitado de interceder no plano fático;⁶⁴ o conceito restritivo de legitimação para agir, que sempre dificultou a defesa de direitos metaindividuais;⁶⁵ a estruturação de três tipos de processo de acordo com critérios científicos, e não pragmáticos;⁶⁶ e mesmo os conceitos de jurisdição posteriormente desenvolvidos, sempre centrados na resolução jurídica de uma controvérsia pontual.

1.2 Chiovenda e a Jurisdição como Atuação da Vontade Concreta da Lei

A concepção de atividade jurisdicional típica desse período é bem retratada pela teoria de Chiovenda. De acordo com sua clássica doutrina, jurisdição seria “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade

⁶³ “É neste ponto que emerge a indiscutível superioridade do Procedimento Ordinário, na medida em que a *ordinariedade* permite a *plenariedade* da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda a às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança absoluta do vencedor contra quaisquer futuras investidas do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada, abrangente tanto quanto possível de todas as questões litigiosas que somente as demandas plenárias (não-sumárias sob o ponto de vista material) podem proporcionar”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8.

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 55-136.

⁶⁵ Nesse sentido, Fredie DIDIER JUNIOR e Hermes ZANETI JUNIOR: “O direito ao processo, como conhecemos hoje, foi fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo iluminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a ideia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura ‘Era dos Códigos’”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil– Processo Coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 24.

⁶⁶ Daí a divisão entre processo de conhecimento, de execução e cautelar: cientificamente adequada, embora frequentemente embarace a rápida solução dos litígios.

concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.⁶⁷ Seria a jurisdição, então, o poder que o Estado possui de aplicar a lei ao caso concreto, e a característica fundamental da atividade jurisdicional seria seu caráter substitutivo: o juiz decide a causa e sua decisão se coloca sobre a vontade das partes.

Exposta pela primeira vez em 1903, essa teoria representa uma continuidade filosófica com o liberalismo e o positivismo que marcaram o século anterior.⁶⁸ Nela, podem-se entrever os dois fatores que deturparam o princípio da legalidade: a supremacia do Parlamento e seu primeiro corolário, o culto à letra da lei.

Se a jurisdição é a aplicação do direito positivo ao caso concreto, então a função jurisdicional pressupõe a prévia atividade legislativa.⁶⁹ O juiz não cria o direito, pois este é dado pelo legislador por meio da elaboração de leis. Dessa forma, Chiovenda adota a concepção de que o juiz deveria ser somente a *bouche de la loi*. Para ele, o direito pré-existe à decisão. Caberia ao Judiciário somente reconhecer a norma aplicável à espécie e substituir a vontade das partes pela vontade da lei.⁷⁰

A vinculação desse modelo de jurisdição ao paradigma liberal-individualista vai além. O conceito proposto por Chiovenda é moldado pelos dogmas da autonomia da vontade e da propriedade privada. Implícita em sua doutrina está a ideia de que a jurisdição seria uma função destinada a tutelar direitos subjetivos violados. Ou seja, somente após o desrespeito a um direito subjetivo o Estado poderia impor sua reparação, via de regra mediante

⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. V. II, p. 8.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 35-37.

⁶⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, V. 1, p. 67.

⁷⁰ “A decisão judicial (...) afirma a preexistência da vontade da lei de que a prestação se cumpra ou de que o direito à prestação se constitua”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. V. II, p. 13.

conversão em pecúnia. Note-se que há uma maior preocupação em garantir a não interferência estatal nos negócios privados do que em assegurar a tutela preventiva de direitos. Afinal, estes poderiam ser facilmente ressarcidos *a posteriori*, uma vez que tal modelo tem em vista direitos patrimoniais. É nítido que o ideário liberal enxergava na autonomia da vontade (e conseqüente omissão estatal) o princípio da liberdade; na precificação do dano o princípio da igualdade; e, na exegese literal das normas, a garantia do julgamento imparcial.⁷¹

A proposta de Chiovenda, segundo a qual a jurisdição seria atividade secundária, focada na resolução de conflitos de interesses, tem por pressuposto o direito privado, em que as relações jurídicas são regidas pela disponibilidade. Logo, ela não fundamenta satisfatoriamente a proteção judicial de direitos que exigem uma conduta estatal positiva. Essa insuficiência é inerente a um conceito elaborado em época na qual o Estado era visto como um ente dotado somente de liberdades negativas, e não como um instrumento a serviço das necessidades sociais.

Além disso, Chiovenda enxerga o juiz como um servidor público a quem compete somente dar encaminhamento aos processos, e não como alguém dotado de um poder em grande medida político. Sua teoria supõe a existência de uma vontade concreta na lei, que deve ser aplicada mecanicamente, sem criação ou modificação.⁷² Não abrange – e nem poderia, visto tratar-se de uma construção do início do século passado – os conflitos entre direitos fundamentais, em que não há uma vontade clara a ser aplicada.

Ao decidir um conflito dessa natureza, independente de qual seja sua decisão, o julgador exerce um papel político. Seja impondo ou vedando uma conduta, há uma escolha entre dois caminhos possíveis e constitucionalmente albergados. Além disso, a tentativa de limitar a arbitrariedade estatal pela vinculação do juiz ao texto legal foi suficientemente

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 35-37.

⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. V. II, p. 27.

falseada pela história, que provou de diversas formas que a lei pode ser em si mesma arbitrária.

A despeito dessas insuficiências, absolutamente naturais, tendo em vista que a doutrina de Chiovenda foi pensada para determinada época e lugar, e não como uma definição perfeita e imutável, em certo sentido pode-se extrair dela uma característica ainda necessária (embora insuficiente) para caracterizar a função jurisdicional: a imparcialidade.

Com efeito, a substitutividade que caracteriza a função jurisdicional deve ser entendida não como o poder de impor coercitivamente a decisão, mas como a imparcialidade que deve guiar o julgamento. A substituição, nesse sentido, significa colocar-se no lugar das partes para apreciar o caso de modo eqüidistante.⁷³

De fato, Chiovenda afirma que o critério distintivo deve ser buscado “não na ideia de que a jurisdição proceda por via de sanções, pois também a administração aplica sanções às vezes (...)”, mas na substituição “definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos (...)”,⁷⁴ no julgamento da causa.

Conclui-se, assim, que, como toda construção teórica, a doutrina de Chiovenda foi elaborada segundo as concepções e de acordo com as necessidades de sua época. Todavia, conquanto seu conceito não seja mais suficiente para explicar a atuação do poder jurisdicional, uma vez que não abarca toda a problemática envolvendo a interação entre regras e princípios, além de ignorar o papel positivo a ser exercido pelo Estado, ele mantém o mérito de indicar a imparcialidade como requisito sem o qual inexistente jurisdição.

⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. V. II, p. 10-11.

1.3 Carnelutti e a Concepção de Jurisdição Fundada na Lide

A imparcialidade no julgamento pressupõe eqüidistância, que por sua vez requer duas partes em oposição mediadas por um julgador. É dessa constatação que parte a famosa construção de Francesco Carnelutti, que colocou o conflito em posição central na ciência processual.⁷⁵

Ao contrário de Chiovenda, que buscou definir jurisdição a partir da atividade do juiz, a teoria elaborada por Carnelutti intentava compreender o fenômeno jurisdicional a partir da sua finalidade para as partes: a composição da lide.⁷⁶ A atividade do juiz teria por essência eliminar o conflito de interesses mediante a criação da norma jurídica particular para o caso concreto. Tributário da perspectiva liberal-individualista de direito, Carnelutti desenvolveu um conceito privatista de jurisdição, focado na resolução de litígios e submetido à lei.⁷⁷

A despeito de afirmar que o juiz cria a norma individual do caso concreto, essa teoria não admite que o magistrado inove no ordenamento. Criar a norma particular não significa criar direito, mas individualizar a norma geral para as partes.⁷⁸

Evidentemente, tal esquema enxerga no *accertamento* da relação jurídica deduzida em juízo o ato que pacifica o conflito. Trata-se de premissa falsa, viciada pelo costume de enxergar o processo como um fim em si mesmo. Na verdade,

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 54-55.

⁷⁶ De acordo com a clássica definição de Carnelutti, de uma relação jurídica em conflito pode decorrer que um dos sujeitos exija a subordinação do interesse alheio ao interesse próprio. Se nenhum dos sujeitos aceita subordinar seus interesses à pretensão do outro, surge então a lide, consistente no “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. I, p. 93.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 38.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 39.

A tutela declaratória, evidentemente, não tem nenhuma atuação no mundo sensível. Limita-se a tornar irrelevante, para o Direito, qualquer dúvida a respeito da existência ou não de uma relação jurídica, estabelecendo a sua certificação oficial. Sua função, portanto, é simplesmente eliminar qualquer questionamento plausível e admissível a respeito da existência ou não de uma relação jurídica (ou, excepcionalmente, sobre a falsidade ou autenticidade de um documento). Nenhuma função terá, diretamente, sobre o mundo fático, limitando-se a operar na esfera jurídica.⁷⁹

Como se observa, o único modo de a função declaratória, de *iuris dicere*, eliminar o conflito, é quando se pensa exclusivamente no plano jurídico. Uma vez que a causa transite em julgado, jamais aquele conflito será novamente submetido ao Judiciário. Mas afirmar que a sentença declaratória é apta a promover a pacificação social constitui verdadeiro reducionismo, que despreza as funções do direito e do processo. Não se pode defender, atualmente, um modelo de jurisdição descompromissado com a realidade social. Já não basta mais a eliminação do litígio unicamente no plano jurídico. Para a parte, a prestação jurisdicional só termina com a efetiva entrega do bem da vida pretendido.

Note-se ainda que essa concepção foca a atividade jurisdicional na resolução de controvérsias privadas, com o intuito de manter a paz social.⁸⁰ O pressuposto de toda essa construção é, portanto, que a jurisdição tem por função manter a união entre os homens.⁸¹

⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 93.

⁸⁰ “O processo civil clássico, individualista, tem suas bases assentadas no positivismo jurídico. Essa escola, criada por Auguste Comte como espécie de filosofia científica, partia da premissa de que a função das ciências seria resolver a crise do mundo moderno, fornecendo o conjunto de ideias que presidiriam à reorganização social. Encarava a crise, portanto, como uma perturbação episódica e superficial.

A tutela coletiva, de outro lado, parece fundada numa concepção eminentemente marxista da sociedade, porquanto esta tem por premissa a crise como motor da história (...). VIOLIN, Jordão. *Fundamentos do processo coletivo e a redefinição do conceito de jurisdição*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, out. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=53>>. Acesso em 10/10/2010.

⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. V. I, p. 3-ss.

Não se costuma questionar, todavia, por que o Professor da Universidade de Milão elegeu para a jurisdição esse objetivo. Ao contrário, abstrai-se o caráter histórico de seu pensamento para transpô-lo acriticamente a outro ordenamento, em outro contexto social.

A primeira edição das *Lezioni di diritto processuale civile*, de Carnelutti, data de 1929, mesmo ano em que a Itália, após mais de um século de luta, foi unificada politicamente – o que obviamente não implicou imediata unificação cultural e econômica. Nesse contexto, parece de fato importante que os litígios sejam julgados com base numa legislação nacional, de modo a eliminar os conflitos entre particulares e manter a precária unidade do povo.

Posteriormente, já em sua fase madura, Carnelutti deixou de centralizar o conceito na lide, para buscá-lo na imparcialidade. Assim, passou a delinear as funções do Estado de acordo com o método para a formação do comando.

O método legislativo, nesse sentido, seria aquele em que os destinatários estão alheios à formação da norma. O método da Administração, ao contrário, consistiria em proferir comandos direcionados a si mesma, na medida em que administrar é cuidar de um interesse, seja próprio ou alheio. No método judiciário, finalmente, o comando resultaria da atividade colaborativa entre o julgador e aqueles a quem a norma se destina: as partes. O *iudicium* requer a atuação conjunta daquele que cria a norma particular e daqueles a quem a norma será dirigida, pois é a partir das questões levantadas e provadas pelas partes que o juiz definirá o mérito. Daí por que a produção do direito depende do processo, na mesma medida em que o processo não existe sem direito.⁸²

A partir da constatação de que direito e processo se relacionam de maneira circular, Carnelutti reconheceu a natureza jurisdicional da execução. Em certa medida, isso significou admitir que o processo não se

⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 23-31.

esgota com a resolução jurídica da controvérsia, e que é necessário que o julgador concretize os direitos reconhecidos na sentença.

Aquela concepção de jurisdição voltada para si mesma, desinteressada dos resultados práticos e limitada ao plano jurídico-hipotético, não mais se sustenta. A certificação do conflito no plano meramente jurídico não é suficiente para garantir a tutela adequada dos direitos. Tampouco é satisfatório que o acesso à justiça seja viabilizado somente após instaurado o conflito. Há direitos que somente podem ser protegidos adequadamente antes de ocorrido o dano. Essa é a natureza, por exemplo, dos direitos coletivos, cuja abrangência e extensão recomendam a tutela preventiva.

É fundamental, por fim, afastar a falsa premissa de que o direito preexiste ao caso concreto e é simplesmente individualizado pelo julgador. No Estado liberal, essa premissa até poderia fazer sentido, uma vez que os conflitos tinham características homogêneas, dado o caráter patrimonialista do direito. Não existiam grandes variações nos litígios, e o magistrado não precisava se preocupar em assegurar a igualdade material no caso concreto, pois predominava a noção de igualdade formal, já estabelecida na lei. A subsunção do fato à norma, nesse contexto, explicava a contento a função jurisdicional.⁸³

Hodiernamente, todavia, a infinitude das relações jurídicas demonstra que, como produto humano que é, o ordenamento é falível e incompleto. O magistrado, apesar disso, é obrigado a julgar todas as demandas que a ele são levadas. Dessa conjugação nasce o dever judicial de buscar a solução do caso concreto mesmo diante do vazio legislativo. Há que se reconhecer as limitações do ordenamento para não recair em ficções que, por esconder a complexidade do direito, dificultam a superação de seus problemas.

A clássica teoria da jurisdição de Carnelutti, em suma, visava objetivos bastante específicos: limitar o poder do juiz à lei e atribuir a essa

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 97.

atividade o fim de manter a unidade nacional por meio da pacificação social. Se, no entanto, nem mesmo seu autor se prendeu a essa construção quando mudaram as premissas fáticas que a informavam, não há razão em continuar sustentando suas conclusões.

1.4 Fase Instrumentalista: a Redescoberta da Realidade Social e a Aderência do Processo ao Direito Material

A geometrização do direito processual, decorrência do racionalismo, o separou da realidade social para compartimentalizá-lo em categorias científicas. Por conseqüência, o processo foi afastado dos fatos que deveria tutelar.

A estruturação da jurisdição a partir do ideário liberal-individualista teve por conseqüência um processo calcado em sólidas bases científicas, porém em descompasso com as necessidades do direito material. A essa constatação seguiu-se uma crise de legitimidade do processo civil, evidentemente incapaz de tutelar os direitos enunciados no ordenamento.

A superação do paradigma racionalista trouxe consigo a necessidade de se resgatar a adequada tutela dos direitos, a partir de uma nova construção teórica. Operou-se, então, entre avanços e retrocessos, a reinserção do direito processual na realidade social que ele pretende regular. Resgatou-se o caráter finalístico de seus institutos, compreendidos não mais como categorias científicas estanques e universais, mas como métodos permeáveis às necessidades do direito material. O processo contemporâneo passou a ser marcado pela constante busca da efetividade.

Nasceu, assim, a postura instrumentalista, cuja gênese é explicada por Cândido Dinamarco:

Fundada a ciência, definido o seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais do que satisfatório no direito processual. (...).

Com tudo isso, chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. (...). O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*.⁸⁴

Essa abertura do sistema processual aos problemas políticos e sociais exigiu a elaboração de formas de tutela estritamente ligadas às diferentes necessidades do direito substancial. Logo, só se pode falar de efetividade na medida em que se estabeleçam meios processuais adequados para assegurar o resultado útil do processo, e que esse resultado seja garantido no plano do direito material.⁸⁵

O princípio da efetividade pode ser compreendido em duas frentes: ao Legislativo, impõe a preordenação de técnicas de tutela adequadas à concretização dos direitos abstratamente assegurados.⁸⁶ Ao Judiciário, impõe o abandono daquela concepção liberal de que o magistrado seria mero aplicador de raciocínios silogísticos, os quais garantiriam a aplicação da lei tal como posta pelo legislador. No atual estágio de desenvolvimento do processo

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-23. Destaques no original.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475.

⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 32-34; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 119.

civil, não se deseja mais que o julgamento seja presidido por uma autoridade pretensamente neutra,⁸⁷ isolada e destituída de qualquer poder, distante do mundo dos fatos. Ao contrário, busca-se compromisso com a concretização dos direitos reconhecidos em juízo. Exige-se a consciência de que o processo não constitui um fim em si mesmo, e de que a função do juiz não se resume a preservar sua lógica procedimental interna. Consiste, sim, o processo, num meio de efetivação de direitos. Consiste ele mesmo, aliás, numa garantia constitucional fundamental, que, como tal, deve ser interpretada de modo a extrair da norma sua máxima eficácia.

Não se trata de um retorno ao sincretismo, caracterizado pela confusão entre os planos processual e substancial, como se fosse a ação o próprio direito subjetivo lesado, ou um efeito deste. O instrumentalismo preserva a autonomia do direito processual em relação ao direito material, mas reconhece que o direito processual deve ser teleológico, apto a produzir resultados práticos adequados à efetivação do direito material.⁸⁸

Nota-se, na postura instrumentalista, a reinserção do conteúdo axiológico no direito e, por conseqüência, sua reaproximação da realidade social. As normas processuais não são mais encaradas ritualisticamente ou ensimesmadas.⁸⁹ Antes, são compreendidas como garantias dirigidas a um fim. Esse comprometimento com a efetividade do direito utiliza os institutos processuais como instrumentos para a obtenção dos resultados sócio-políticos assegurados pelo ordenamento. Muito mais que um aplicador mecânico de regras, o juiz é visto, nessa perspectiva, como alguém encarregado de

⁸⁷ “O juiz e o processualista, se um dia realmente se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si próprios, pois a afirmação da neutralidade já é opção ideológica do mais denso valor, a aceitar e a reproduzir o *status quo*. Por isso é necessário deixar esclarecido que o tema do acesso à justiça, a permear o processo civil, é opção ideológica desmitificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-24.

⁸⁹ Utiliza-se aqui o conceito de comportamento anomicamente ritualístico tal qual definido por Robert Merton, para quem o ritualismo pode ser encontrado “em grupos onde as atividades originalmente concebidas como instrumentais são transformadas em práticas autocontidas, às quais falem ultiores objetivos. As finalidades originais são esquecidas e a estreita aderência à conduta institucionalmente recomendada torna-se um assunto de ritual”. MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 206.

conformar o processo às peculiaridades do caso concreto, de modo a extrair da norma sua máxima efetividade.⁹⁰

Compreende-se, assim, que a efetividade do processo vai além da mera celeridade procedimental. O verdadeiro compromisso com a efetividade requer a consideração da realidade social; o respeito aos valores veiculados pelos princípios; a aderência do processo ao direito material, a partir da preordenação de técnicas aptas a garantir concretamente a realização do direito; e a prestação de uma tutela jurisdicional adequada mesmo quando inexistente o aparato normativo para tanto.

Prestar a tutela jurisdicional efetiva é um dever do magistrado. Para cumprir essa imposição constitucional, contudo, é preciso reconhecer que nem sempre a melhor técnica processual estará definida na lei. Nesse caso, para cumprir seu dever, o juiz tem o poder de construir concretamente o modelo processual adequado. O próprio legislador tem reconhecido a impossibilidade de definição *a priori* da melhor técnica processual, qual seja, aquela que efetiva o direito do vencedor com a menor restrição ao direito do sucumbente. Daí a cada vez mais freqüente promulgação de normas processuais abertas, que atribuem ao julgador a função de, a partir do caso concreto, encontrar a técnica processual que melhor se amolde ao direito material, respeitando assim o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁹¹

Note-se, pois, que o instrumentalismo é marcado por uma inversão ante o período que o precedeu. Aqui, o princípio da efetividade delinea a compreensão das normas processuais. Não é das normas que se extrai o princípio, mas o princípio que determina a compreensão das normas, porque dotado de força normativa. O instrumentalismo reconhece não apenas o objetivo da efetividade, mas o verdadeiro direito a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

⁹⁰ “Assim inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46-47.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 121.

Essa inversão decorre do reconhecimento da força normativa dos princípios, postulado que caracteriza a fase atual do pensamento jurídico, o neoconstitucionalismo. Trata-se de uma forma de compreensão do direito que alterou profundamente a hierarquia e as interações entre regras e princípios. O neoprocessualismo pode ser entendido como a aplicação ao direito processual desse novo modelo metodológico.⁹²

1.5 Neoprocessualismo

Um sistema constituído exclusivamente por regras possui limitada racionalidade prática. O legalismo exige a utópica disciplina legislativa exaustiva do mundo. Embora tal modelo ganhe, no plano hipotético, em segurança, a ausência de qualquer espaço livre para sua complementação e desenvolvimento diante das diferentes necessidades do direito material não permite a introdução dos conflitos, do balanceamento de valores e interesses.⁹³ Daí por que o racionalismo – cujos reflexos específicos no processo civil marcam o chamado *processualismo* –, a despeito de ter contribuído para a cientificidade do direito processual, acabou distanciando o direito do ideal de efetividade.

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se que o conceito formalista de direito se mostrara incapaz de limitar o Estado. Durante o século XX, alcançou-se um novo marco teórico. Ao reconhecer a insuficiência de limites meramente formais para controlar maiorias de ocasião, o direito novamente se abriu aos valores. De sistema completo e universal, aplicado mediante simples subsunção, o direito ganhou nova textura. Sua compreensão, contemporaneamente, passa necessariamente pela força normativa dos

⁹² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento* 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. V. I, p. 28.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 168-169.

princípios, que ganharam dignidade constitucional e outorgaram a esse documento o *status* de norma fundamental, em vez de mera carta de intenções políticas.⁹⁴

O neoconstitucionalismo, ao resgatar os limites substanciais da lei, transforma o princípio da legalidade, entendido agora como conformidade da lei com os direitos fundamentais. A função do juiz não é mais repetir as palavras do enunciado normativo, mas confrontá-las com os princípios de justiça e direitos fundamentais.⁹⁵

Tradicionalmente, os princípios sempre carregaram “autoreferências ético-deontológicas” de natureza material (conteúdos relativos a um dever-ser moral em si mesmo). O positivismo reconhecia esse conteúdo axiológico mínimo, mas não como passível de aplicação imediata. Os princípios não eram aceitos como normas jurídicas, mas poderiam ser derivados de regras jurídicas. Quando essa derivação necessitasse de uma ponderação de interesses, tal tarefa caberia ao legislador.⁹⁶

Nota-se, nessa concepção, que princípio não era considerado o início do ordenamento. Não era a legislação que lhe devia respeito, mas, ao contrário, o princípio é que seria extraído do direito positivo. A partir da análise do texto legal, seria possível visualizar os ideais que orientaram o legislador em sua tarefa. Não se tratava, pois, de compreender a norma a partir de seu conteúdo moral, mas de resgatar a moralidade subjacente ao dispositivo de lei, a partir de um processo racional-dedutivo.

⁹⁴ “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 45-47.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, p. 5-8.

Não há dúvidas de que tal procedimento esvazia de sentido a aplicação da norma. Destituída de um princípio que lhe preencha de conteúdo, a proposição normativa não passa de mero texto. Trata-se de regra sem alma, cuja interpretação não poderia ir além da literalidade. Não por acaso, a decadência do positivismo “é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”.⁹⁷

De fato, por repousar sobre o formalismo jurídico, o positivismo não encontrou limites para a vontade da maioria. O princípio da legalidade foi, desde a Revolução Francesa, deturpado pela ficção de que a lei refletiria a vontade do povo. Desse pressuposto decorreu a legalidade formal, segundo a qual a lei seria válida unicamente em razão de ter sido produzida pela autoridade competente e por ter seguido o procedimento previsto para sua produção. O direito perdeu sua essência, na medida em que foi separado da moral e dos valores.⁹⁸ Tal estado de coisas degenerou-se na ditadura não apenas da maioria (em princípio representada pelos parlamentares), mas na ditadura do próprio Poder Legislativo.

O movimento de reabertura do ordenamento a um conteúdo moral, após a 2ª Guerra Mundial, decorreu exatamente da percepção de que o direito deve refletir o conteúdo axiológico da sociedade, e que determinada parcela desse conteúdo deve estar além da esfera de disponibilidade do legislador. Assistiu-se, então, à positivação de princípios e valores nas constituições. Esse documento, porque dotado de superioridade formal, passou a encerrar limites ao poder e à supremacia da lei. Em outras palavras, a Constituição passou a ser encarada não mais como uma carta política, mas como um conjunto de normas hierarquicamente superiores que limitam a

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, mar.-mai. 2007, Salvador, p. 4.

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

soberania popular e o governo da maioria para garantir o respeito a determinados conteúdos materiais.⁹⁹

A reinserção do justo no jurídico não implicou necessariamente o ressurgimento do jusnaturalismo. A estruturação científica do Direito durante a fase positivista permitiu separar dogmaticamente os planos da justiça, validade e eficácia. Foi possível, assim, demonstrar que o jusnaturalismo sustentava um reducionismo inconciliável ao reduzir a validade à justiça. Para essa corrente filosófica, só eram válidas as normas justas (conformes ao direito natural). O positivismo, de outra parte, reduzia justiça à validade. Na doutrina de Thomas Hobbes, por exemplo, encontra-se o postulado segundo o qual o justo seria o comandado, apenas pelo fato de o comando emanar do soberano – aquele a quem os indivíduos, para escapar do estado de guerra de todos contra todos, transferiram o direito de decidir o que é justo ou injusto. Assim, tudo o que fosse decidido pelo soberano seria justo.¹⁰⁰

Na verdade, “o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade”.¹⁰¹ O neoconstitucionalismo, nesse sentido, não prescinde da positividade do direito, mas submete o direito positivo aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.¹⁰²

Essa nova forma de compreender o direito trouxe ao processo civil novas complexidades. Em primeiro lugar, ela desloca o foco da jurisdição, que deixa de ser a resolução de controvérsias privadas, para ser uma atividade concretizadora das normas constitucionais. Afinal, se os valores fundamentais inscritos nesse documento têm natureza de norma jurídica, podendo assumir a

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3-48.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

¹⁰² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 84-85.

forma de regras ou princípios, e se a jurisdição sempre foi caracterizada pela aplicação imparcial do direito, então a Constituição assume posição central na teoria da jurisdição.

Ganha relevo, nesse contexto, a atividade de fiscalização das demais funções do Estado, a quem a Constituição direciona objetivos a serem cumpridos. Se determinado direito constitucional exige a edição de lei que o torne aplicável, o juiz pode – e deve – controlar a omissão estatal. De outra parte, se a omissão é na implementação desse direito pela Administração, é função do magistrado determinar o cumprimento da norma.

Os princípios, portanto, exercem papel fundamental, na medida em que permitem o controle dos atos políticos, justamente porque a Constituição retirou da esfera política a disponibilidade sobre certos direitos. A imperatividade dos princípios fundamentais posiciona o Judiciário na organização, mediante interpretação sistemática, da ordem jurídica emergente. Essa tarefa, contudo, surge para complementar a função política do Estado, impondo a concretização dos direitos fundamentais, não para acabar com ela.¹⁰³

Em segundo lugar, ao exigir a conformação do direito positivo ao programa de valores estabelecidos na Constituição, o neoconstitucionalismo ressalta o papel da interpretação na aplicação das normas jurídicas. O julgador deixa de ser mero “despachante” de processos, para ser encarado como um agente do poder que tem por função construir a norma dimensionando o produto do legislador aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça.¹⁰⁴ O problema é que, dada a natureza aberta dos princípios, eles podem acabar por “converter-se num verdadeiro ‘*passepertout*’ retórico-dogmático”,¹⁰⁵ ou seja, em molduras que aceitam qualquer pintura.

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. El argumento político en favor de los tribunales constitucionales. *La Política Del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 145-165.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 98-99.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, p. 3.

Tais complexidades levam a questionar o caráter (anti)democrático da jurisdição. Enquanto prevalecia o princípio da legalidade formal, esses problemas não eram encarados, embora tenham sempre existido. Nunca se conseguiu eliminar totalmente a possibilidade de interpretação das normas, pois o direito é um fenômeno cultural, informado por valores.¹⁰⁶ Sob o manto da subsunção, sempre se sustentou a objetividade das decisões judiciais, embora a inexorável interpretação sempre tenha admitido uma parcela de subjetividade. O neoconstitucionalismo apenas explicitou essa questão, por dar maior destaque à função dos princípios e valores no ordenamento.

Para delinear a função jurisdicional nesse novo contexto, parece ser proveitoso (mesmo correndo-se o risco de um reducionismo excessivo) compreender os delineamentos gerais de um sistema jurídico em que o princípio da legalidade não foi deturpado, de modo que ele nunca serviu para eliminar o poder do juiz e hipertrofiar o Legislativo.

1.6 Jurisdição no Sistema Angloamericano: delineamentos gerais

O *civil law* é um sistema profundamente marcado pela Revolução Francesa, a qual representou uma ruptura com o pensamento jurídico que a antecedeu.¹⁰⁷ O princípio da separação de poderes, concebido para afastar a organização política típica do Antigo Regime, nunca foi entendido como um mandamento de equilíbrio entre as funções do Estado. Partindo da ficção de que a lei externaria a vontade geral do povo, atribuiu-se ao magistrado a função de tão somente aplicar a lei elaborada pelo parlamento, como se a

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 125.

¹⁰⁷ DRUMMOND, Paulo Henrique; CROSETTI, Priscila Soares. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 27.

atividade interpretativa fosse absolutamente desnecessária. O princípio da legalidade, tal como delineado pelo positivismo jurídico, ignorava os problemas de clareza, coerência, ausência de norma, dentre outros vícios que poderiam incidir sobre o produto do Legislativo.

O *common law*, por outro lado, é caracterizado mais por uma continuidade histórica, que remonta à invasão normanda de 1066.¹⁰⁸ A conquista do território inglês por esse povo foi o início de um processo de centralização do poder, inclusive mediante a criação de um aparato Judiciário responsável por aplicar o “direito comum”. O termo *common law*, portanto, tinha o duplo sentido de indicar que sua autoridade se estendia a todo o reino, diferenciando-se do direito local (*the law of the land*), bem como o de demonstrar que o direito aplicado pelas cortes se originava de suas próprias decisões. Como o Rei exercia apenas a alta justiça, eram as cortes de *common law* as responsáveis por resolver litígios que envolvessem atos de violência, de modo a manter a paz no reino.¹⁰⁹

No século XVII, a autoridade das cortes para criar o direito foi usada como base para restringir a autoridade real. Com a Revolução Gloriosa, instituiu-se a doutrina da Supremacia do Parlamento, segundo a qual as decisões do monarca não poderiam ir além do direito costumeiro sem a aprovação dos diferentes grupos e interesses representados no Parlamento, a quem competia criar o direito.¹¹⁰

A elaboração de leis, todavia, era apenas uma pequena parte do processo de criação do direito, o qual repousava principalmente nas decisões das Cortes interpretando o *common law*. Não havia, portanto, uma distinção clara entre as funções legislativa e jurisdicional. Ambas integravam o mesmo

¹⁰⁸ HAZARD Jr., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: na introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 4.

¹⁰⁹ HAZARD Jr., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: na introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 8.

¹¹⁰ GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of the recent constitutional developments*, p. 2-3. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html.

poder – o Legislativo –, e representavam uma só força preocupada em proteger os indivíduos contra o poder do monarca.¹¹¹

Esse sistema foi, em grande medida, transplantado às colônias inglesas que viriam a formar os Estados Unidos.¹¹² Nesse país, pioneiro na utilização do sistema de *checks and balances*, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional foram relativamente bem separadas, de modo que ao Judiciário coube a tarefa de controlar a legalidade dos atos dos demais poderes.

No sistema angloamericano, portanto, a teoria da separação de poderes não foi pensada de modo a hipertrofiar um poder e anular os demais. Por conseqüência, o princípio da legalidade não implicou a submissão do Judiciário à letra da lei. Assim, nunca houve a preocupação de se desenvolver um ordenamento sem lacunas. Tampouco se buscou uma codificação completa e que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. A criatividade judicial e a possibilidade de o juiz interpretar cláusulas dotadas de elevado grau de vagueza sempre foram vistas como características inerentes a essa tradição, não como uma atividade perniciosa.¹¹³

Essas características ficam ainda mais evidentes quando se observa que foi justamente nos Estados Unidos que se desenvolveu o controle difuso de constitucionalidade.¹¹⁴ Nesse modelo, qualquer juiz pode, à luz do

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 3, jun. 2009, p. 3.

¹¹² "(...) *The preservation of na archaic legal system in the new American republics was partly a matter of convenience. In the turmoil of establishing their independence from Great Britain, the states had more pressing political problems than reforming civil procedure. However, preserving the established legal system also had a constitutional motivation. One of the grounds stated in the Declaration of Independence for the separation from England was the colonists' claim that they were entitled to rights of the common law. The common law was perceived to include not only substantive rights but the procedural system in which those rights were embedded. That system was regarded as a fundamental protection of privative rights and a source of immunity from government oppression. It would have been a contradiction for the new states to jettison a legal system that they claimed as a birthright*". HAZARD Jr., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: na introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 6.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 3, jun. 2009, p. 3.

¹¹⁴ Ao julgar o caso *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte, sob o comando do *Chief Justice* John Marshall, firmou o entendimento de que qualquer juiz poderia deixar de aplicar uma norma

caso concreto, conformar uma norma legal a um direito constitucional. Nessa tarefa, ele frequentemente é chamado a interpretar cláusulas abertas, escritas pelo constituinte há mais de dois séculos.

Tais características demonstram que a insistência em se compreender a função jurisdicional como aplicação literal da lei, negando ao juiz a possibilidade de controlar os atos dos demais poderes que violem direitos estabelecidos na Constituição, decorre do apego à tradição do *civil law*. Esse modelo de jurisdição, contudo, não é o único possível, e nem decorre da natureza das coisas. Ao contrário, trata-se de uma construção dotada de historicidade e, exatamente por isso, em grande medida ultrapassada. Se a teoria geral do direito reconhece a força normativa dos princípios e a permeabilidade das regras aos valores constitucionais; se o direito constitucional admite que o juiz deve controlar a constitucionalidade das regras no momento de sua concretização; se, por fim, a própria ciência processual reconhece que o Judiciário foi concebido como um poder nulo em razão de uma contingência histórica, então não há mais como sustentar que a jurisdição seja uma atividade submetida ao princípio da legalidade formal.

no caso sob julgamento, se dessa aplicação resultasse uma situação de inconstitucionalidade: "Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, Jonh Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Neste ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava Willian Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de *writ of mandamus*. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o *mandamus*". POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 31.

1.7 Conclusão

As funções do Estado são construções humanas. Ao contrário dos conceitos das ciências da natureza, que buscam explicar uma ordem universal e imutável, a ciência do direito lida com fatos sociais, que estão em constante mutação. O modo de ser do direito não é hoje como era há um século. Não é possível, por isso, sustentar esquemas teóricos que não mais explicam o fenômeno jurídico.

A necessidade de adaptação dos modelos explicativos às variações das funções do Estado não é recente. Os conceitos clássicos de jurisdição, administração e legislação esboçaram as características marcantes de cada uma dessas atividades em determinado período histórico, e não o que elas sempre foram.

De fato, ainda é lugar comum afirmar que a função do juiz é limitada pelo princípio da legalidade, noção esta que remonta à recepção do conceito romano de jurisdição como *iuris dictio*. Não se atenta, entretanto, para o fato de que dizer o direito, durante o período clássico do direito romano, era muito diferente daquilo que fizeram crer os processualistas positivistas.

Durante a República, não existia em Roma a figura do legislador. Os códigos somente ganharam relevância nos últimos períodos do império. O processo romano, durante a fase clássica, era dividido entre pretor e *iudex*. O primeiro exercia verdadeira *iurisdictio*, ou seja, dizia o direito aplicável ao caso concreto. Mas não dizia com base numa lei preexistente. Ele o fazia *criando* a norma individual que regularia o direito posto em juízo. O *iudex*, em seguida, um árbitro privado, julgava a causa, aplicando o direito criado pelo pretor.

A atividade verdadeiramente jurisdicional, em Roma era, pois, análoga à do legislador, com a diferença de que o pretor não criava uma norma geral e abstrata, mas uma norma individual para o caso concreto. Dizer o

direito, *dicere ius*, era uma função criativa, não a mera declaração de uma norma preexistente.¹¹⁵

Evidenciar esse equívoco histórico tem por objetivo demonstrar que o modelo de jurisdição como aplicação da lei não é o único possível. Fruto de uma incompreensão das fontes romanas, tal concepção ganhou força com a deturpação do princípio da legalidade, que por sua vez fundamentou uma teoria da separação dos poderes justificadora do desequilíbrio entre as funções do Estado. É errado, diante de tais considerações, afirmar que o juiz, na tradição do *civil law*, não pode exercer função criativa ou de controle dos demais poderes.

Com o decorrer do tempo, a utopia da absoluta separação entre os poderes e a onipotência do Legislativo ficaram evidentes.¹¹⁶ Atualmente, o neoconstitucionalismo reconhece força normativa a princípios e garantias fundamentais,¹¹⁷ e atribui ao juiz a tarefa de concretizá-los, mesmo sem a existência de lei que lhes acentue a densidade normativa.¹¹⁸ Nesse sentido,

o juiz do *civil law* passou a exercer, com o tempo, papel inconcebível diante da tradição do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel nega a ideia de supremacia do Legislativo. O juiz, mediante as

¹¹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 263-282.

¹¹⁶ “Nella prassi costituzionale si è insinuato un principio, che limita e corrompe la divisione dei poteri in quanto stabilisce la preminenza o, diciamo pure, l’onnipotenza del potere Legislativo; no è raro, perfino, di sentirgli attribuire, nella prassi se non nella dottrina, quella sovranità, che è una prerogativa dello Stato e non di alcuno tra i suoi organi. Fatto è che mentre il potere giudiziario o il potere amministrativo non può fare quello che debbono fare gli altri due. Risultato di questo sconfinamento è il concetto di legge formale, adottato ormai dalla dottrina corrente del diritto costituzionale, il quale implica una opposizione a quella che si dice legge materiale ed è la legge vera e propria (...)”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 20.

¹¹⁷ Reportagem veiculada em 28/06/2009 no jornal O Estado de São Paulo revela que, em 2008, foram abertas pelo Ministério Público de São Paulo 856 ações judiciais por violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade na administração. Os dados constam do Relatório Diagnóstico do Ministério Público, coordenado pelo procurador-geral de Justiça, Fernando Grella Vieira. A pesquisa demonstra a aplicação imediata dos princípios constitucionais, mesmo quando redigidos mediante o uso de cláusulas abertas.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 28.

técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei. A feição judicial da imposição do direito também é clara — ou ainda mais evidente — ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Daí decorre a conclusão de que, uma vez superado o dogma histórico de que ao juiz não é dado criar o direito, inexistem amarras para que ele dê concreção aos direitos constitucionais. Isso significa que o Judiciário passa a atuar em questões geralmente tidas como políticas. Essa é uma consequência inevitável, na medida em que a Constituição juridiciza valores e os mantém além do poder de disponibilidade do legislador e do administrador.

A jurisdição, nesse contexto, pode ser compreendida como uma função estatal garantidora que, mediante provocação, concretiza os direitos fundamentais e os princípios de justiça de maneira imparcial.

Essa definição pode dar a falsa impressão de que a lei teria perdido sua cogência, cedendo lugar para a aplicação direta da Constituição indistintamente. Na verdade, a concretização dos valores constitucionais nem sempre é feita diretamente. Ao contrário, o mais comum é que eles sejam concretizados mediante aplicação das normas infraconstitucionais, devidamente informadas pelos princípios fundamentais. Estes norteiam a construção do sentido da norma do caso concreto. Apenas quando for impossível obter uma interpretação da lei de acordo com a Constituição a norma infraconstitucional cederá à aplicação direta da Lei Maior.

Despontam, nesse contexto, duas questões cruciais. Primeiro, é preciso observar como a função jurisdicional, tal como compreendida no paradigma atual, se coaduna com os princípios democráticos. Ou seja, sob qual configuração a ordem constitucional comporta o esquema de separação de poderes em que o juiz tem por função controlar a elaboração e execução de

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 3, jun. 2009, p. 3.

políticas públicas tendentes à satisfação dos direitos fundamentais – tarefa essa que compete primariamente ao legislador e ao administrador, respectivamente.

Em segundo lugar, impende estudar os limites da atuação judicial na tarefa de fiscalizar a tarefa dos demais poderes, uma vez que o princípio da legalidade em sentido formal não representa mais uma barreira ao arbítrio judicial.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 A Nova Conformação Fática da Teoria da Separação dos Poderes

A compreensão tradicional da teoria da separação dos poderes assume que decisões políticas são tomadas pelo Legislativo. Diante da nova configuração da atividade jurisdicional, pode-se questionar se juízes também decidem (ou mesmo se devem decidir) com base em fundamentos políticos.

A resposta a essa questão depende diretamente da noção de Estado de Direito com que se trabalha. Ronald Dworkin identifica duas concepções bastante diferentes: uma centrada no texto legal, que destaca a importância do ordenamento positivo; e outra centrada nos direitos, entendidos como retratos da moralidade que preexistem ao seu reconhecimento Legislativo.¹²⁰

A primeira, vinculada à legalidade formal, pressupõe que a única forma de representação democrática é a representação política. Assim, argumenta que a decisão judicial deve repousar sobre o texto jurídico, elaborado pelos representantes do povo. Para essa corrente, o julgador, ao se deparar com a inexistência de uma regra expressamente aplicável ao caso (seja por omissão legislativa ou porque a regra existente ensejaria uma situação de inconstitucionalidade), deve buscar o “real sentido do texto”, ou seja, a intenção subjacente ao produto Legislativo. Desse modo, o intérprete poderia expandir o sentido das palavras utilizadas no preceito normativo, sem desvirtuar a intenção do legislador.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6-8.

Para descobrir o que está “realmente” previsto na legislação, essa concepção advoga o uso de critérios semânticos (o que significa determinada expressão), psicológicos (o que o legislador de fato decidiu) e histórico-contrafactuais (o que o legislador teria decidido caso considerasse o caso em questão).¹²¹

Tal forma de compreender o Estado Democrático supõe a existência e cognoscibilidade de uma “vontade concreta da lei”, incidindo assim no mesmo reducionismo que decretou a superação da teoria da jurisdição de Chiovenda. Nenhum dos métodos utilizados para descobrir a intenção do legislador traz à tona decisões que uma legislatura eleita efetivamente tomou.

O critério semântico frequentemente permite duas ou mais interpretações do mesmo texto legal.¹²² Prova disso é a própria existência do método de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que uma possível interpretação do preceito normativo é declarada inconstitucional. O critério psicológico, por sua vez, é incapaz de lidar com as transformações sociais, pois busca numa decisão legislativa passada respostas para um problema muitas vezes imprevisto, sequer debatido no Parlamento. Finalmente, o próprio desenvolvimento de um critério histórico-contrafactual é o maior atestado de insuficiência do método psicológico. Tal metodologia não passa de mera conjectura acerca de uma decisão que o Legislativo *teria* tomado caso fosse forçado a decidir uma questão.¹²³

Daí concluir-se que,

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11-13.

¹²² Além disso, os métodos de interpretação semânticos, porque despidos de um conteúdo substancial, fundamentam qualquer interpretação política, porém sem o admitir. “As questões de semântica, justamente porque não têm forma política, não fazem discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que, inevitavelmente, irao influenciar as respostas que os juízes lhes dão. Elas atraem julgamentos políticos ocultos, que podem ser incompatíveis em princípio com a legislação supostamente aplicada. As questões políticas que o modelo centrado nos direitos recomenda, porém, exigem que as respostas políticas dadas a elas sejam explícitas e fundadas em princípios, para que seu apelo e compatibilidade com princípios mais geralmente endossados possam ser testados”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 18-23.

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica.

Mas se as questões psicológicas e contrafactuais forem compreendidas dessa maneira, então não é mais plausível supor que um juiz, ao colocar essas questões para decidir um caso controverso, não está tomando uma decisão política. Pois as avaliações que essas questões, assim compreendidas, exigem, não têm caráter diferente das avaliações recomendadas pela concepção de Estado de Direito centrada nos direitos. Se apenas um conjunto de princípios é compatível com uma lei, então um juiz que siga a concepção centrada nos direitos deve aplicar esses princípios. Se mais de um é compatível, a questão de qual a interpretação decorre mais “naturalmente” da lei como um todo exige uma escolha entre maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade política do juiz.¹²⁴

Se é inevitável que o juiz exerça um papel político ao dotar de significado as previsões legislativas,¹²⁵ e nem o modelo de Estado de Direito focado no princípio da legalidade conseguiu evitar tal atuação, por que então o esforço para mascarar a realidade? Seria esse papel incompatível com a democracia, por sobrepor o juiz à esfera representativa?

A dificuldade de enxergar a função judicial como uma atividade complementar à política, e não como sua antítese, decorre da imperfeita libertação da Europa – e, por conseguinte, dos países que adotaram modelos europeus de organização política, como o Brasil – de seu passado monárquico. A tradição centralizadora, que sobreviveu à queda do absolutismo, reduziu sobremaneira a ideia de política democrática. O funcionamento básico do modelo de Estado de Direito formal é similar àquele que caracterizava o Antigo

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25.

¹²⁵ “A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 132.

Regime. O único momento relevante em que as massas participam da política é quando elegem um conjunto de “cortesãos”, em lugar de outro, para que as representem perante o poder central. Esse sistema impediu que a noção de Estado de Direito se expandisse para além dos limites da legalidade formal. Dificultou-se, assim, a compreensão do papel do Judiciário como mecanismo institucional de controle das ambições dos governantes.¹²⁶

Atualmente, pode-se situar o princípio da separação de poderes num outro contexto de Estado de Direito, que outorga ao Judiciário a função de dotar de conteúdo os preceitos legislativos. Essa concepção substancialista, chamada por Dworkin de centrada nos direitos, leva em conta o repertório legal no julgamento, mas nega que a lei seja a única fonte dos direitos.¹²⁷ Para conformar o preceito aos valores constitucionais e, além disso, para atribuir um significado a tais valores, o julgador é constantemente direcionado para além do texto legal.

Não se trata de uma teoria revolucionária, mas de uma postura de honestidade intelectual. Apenas se admite que o ordenamento não é completo e autossuficiente. Qualquer julgamento deve ser feito à luz dos princípios constitucionais, que juridicizam valores e escolhas políticas. Assim, toda decisão judicial veicula, em certa medida, um julgamento político, porquanto outorga conteúdo a um valor constitucional cujo significado não pode ser encontrado nos estritos limites do texto jurídico, mas na moralidade subjacente à sociedade.¹²⁸

Reconhecer que a tutela dos direitos tem por premissa a interpretação de princípios políticos somente viola o princípio democrático caso

¹²⁶ ACKERMAN, Bruce. El argumento político en favor de los tribunales constitucionales. *La Política Del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 145-165.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

¹²⁸ Num dos mais importantes estudos sobre o tema, Robert Dahl, em 1957, já defendia que, numa perspectiva realista, a Suprema Corte – assim como qualquer outra Corte ou julgador – exerce uma função inevitavelmente política, pois, assim como o Legislativo ou a Administração, é frequentemente chamada a escolher entre duas alternativas sobre as quais há polémica social e incerteza quanto a seus efeitos. DAHL, Robert A. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker. *Journal of Public Law*. 6:279, 1957. Disponível em <<<http://epstein.law.northwestern.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>>>. Acesso em 10/09/2010.

se entenda por democracia um procedimento centralizado de tomada de decisão, que afasta o povo da discussão política, garantindo a ele tão-somente o direito de escolher seus representantes. Quando se pensa a democracia a partir de um conceito substancial, por outro lado, “todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder Judiciário o controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana”.¹²⁹

A ampliação da legitimidade judicial para controlar atos dos demais poderes descentraliza a tomada de decisão. Essa reorganização aproxima a população da esfera política, não pelos caminhos representativos tradicionais, mas mediante exercício da democracia direta, numa arena até então limitada a repetir dispositivos legais acriticamente. É correto afirmar, assim, que, enquanto Legislativo e Executivo são poderes em cuja base está a representação política, o Judiciário os controla legitimamente mediante representação argumentativa,¹³⁰ ao fundamentar suas decisões nos valores que a Carta Maior veicula. A motivação, por sua vez, permite que as próprias partes controlem a atividade jurisdicional, de modo que nenhuma esfera do poder detém total discricionariedade.

A concepção de Estado Democrático fundado nos direitos autoriza, pois, uma nova contextualização da teoria da separação de poderes. Esta passa a legitimar o exercício equilibrado das funções do Estado, sem a hipertrofia de um poder sobre o outro.

Nesse panorama, pode-se compreender o Legislativo como a função do Estado a que compete precipuamente a tomada das decisões políticas fundamentais, expressas mediante normas gerais e abstratas que autorizam, determinam ou proíbem condutas. Ademais, como a esse Poder cabe a aprovação das leis orçamentárias, cuja iniciativa é atribuída ao chefe do

¹²⁹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27-28.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 108-109.

Poder Executivo,¹³¹ é sua função primária definir as grandes linhas que determinarão a aplicação dos recursos e satisfação dos direitos. Essa escolha tem por premissa a representação e aprovação populares. Embora seja desejável que o Legislativo paute sua função na Constituição, a atividade legislativa é essencialmente vinculada às preferências majoritárias.¹³² Daí sua diferenciação para a função jurisdicional, que, embora crie normas ao interpretar a Constituição, o faz de maneira independente e como objeto de ação, não como limite.

À Administração, por outro lado, cabe escolher os meios para realização dos fins estabelecidos tanto pelo Legislativo quanto pela Constituição diretamente. A satisfação das necessidades públicas ocorre de maneira direta e concreta, vale dizer, independe de provocação e atinge grupos determináveis. Diferencia-se, nesse sentido, tanto da jurisdição, que é vinculada ao princípio da demanda, quanto da função legislativa, que é substancialmente abstrata. A legitimidade da Administração para realizar essa tarefa decorre não apenas do consentimento popular,¹³³ mas também do conhecimento técnico especializado.¹³⁴ Administrar é gerir o interesse público

¹³¹ Cf. artigos 48, II e 84, XXIII, ambos da Constituição da República. Impende ressaltar que a participação conjunta do Legislativo e do Executivo na elaboração das leis orçamentárias (leis sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos) é inafastável, a teor do artigo 68, §1º, III, da mesma Carta, que proíbe a delegação de tais matérias ao Chefe do Poder Executivo, a quem competem a iniciativa e a sanção a tais projetos de lei.

¹³² “Se o processo legislativo fosse promissor no sentido de aproximar-nos do significado dos valores constitucionais, então a teoria da falha legislativa seria receptiva a essa problemática. Porém, exatamente o oposto parece ser verdadeiro. As legislaturas são de ordem completamente diferente, não estando ideologicamente comprometidas ou institucionalmente adequadas à busca do significado de valores constitucionais, mas, ao contrário, consideram o registro das preferências reais da população – o que ela quer e acredita que deve ser feito – sua função primária”. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 36-37.

¹³³ “As atribuições especializadas dos órgãos administrativos podem fundamentar o argumento relativo à capacitação técnica, mas também representam uma ameaça à independência dos órgãos: os reguladores aproximam-se demasiadamente dos regulados. Mais fundamentalmente, os órgãos administrativos são mais atrelados às políticas majoritárias do que as cortes, em razão da ideologia (podem fazer SUS julgamentos com base nas preferências do corpo político) e de arranjos institucionais (indicações de curto prazo, sujeitas à remoção quando há mudanças nas administrações)”. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 73.

¹³⁴ “Indeed, the executive’s law-interpreting authority is a natural and proper outgrowth of the most important institutional development of the twentieth century: the shift from regulation through common law courts to regulation through administrative agencies”. SUNSTEIN, Cass. *Beyond Marbury: The Executive’s Power to Say What The Law Is*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper,

de maneira eficiente, e o exercício legítimo da discricionariedade administrativa está na eficiência dos meios escolhidos para satisfazer o interesse público.

A Jurisdição, por fim, tem por função típica dotar de conteúdo os valores constitucionais, seja declarando, seja concretizando direitos. As credenciais para tanto não estão numa capacidade ou conhecimento especiais, mas na posição que o Judiciário ocupa no esquema de poder. Trata-se de uma atividade estruturada de modo a forçar o juiz a ser objetivo. A obrigação do julgador de participar de um diálogo processual, sua imparcialidade e o dever de motivar sua decisão são fatores institucionais que conduzem o juiz não a expressar suas crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, tampouco as preferências populares, mas a conferir substância aos valores positivados na Constituição.¹³⁵

Observe-se que, a despeito de existir a possibilidade de sobreposição de funções, o fundamento de legitimidade da atividade jurisdicional repousa na Constituição. Assim, embora a Administração possa concretizar os valores constitucionais, isso será apenas uma consequência da sua função típica, que é a satisfação do interesse público. Da mesma forma, conquanto o Judiciário possa elaborar normas gerais e controlar a escolha das políticas públicas prioritárias, não o fará tendo por base a aprovação popular, como o faz o Legislativo, mas o conteúdo dos valores constitucionais.¹³⁶

É perfeitamente possível, portanto, repensar o modelo de separação de poderes sem comprometer o Estado Democrático de Direito. O modelo esboçado, ao reposicionar cada função do Estado de acordo com as atividades que lhes caracterizam, busca conformar o exercício do poder a partir

n. 268, nov. 2005, p. 3. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/268_1.pdf>>. Acesso em 04/04/2010.

¹³⁵ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 41-42.

¹³⁶ Retoma-se, assim, sob nova roupagem, a distinção chiovendiana segundo a qual o juiz tem na lei (*rectius*, no ordenamento globalmente considerado, devidamente informado pelos valores constitucionais) seu objeto de ação, enquanto o administrador encontra no direito os limites de sua atividade. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. V. II, p. 12.

da realidade, e não de ficções como aquela que veio a se transformar no dogma da legalidade formal.

Legislativo e Executivo, por serem poderes eleitos, estão diretamente vinculados à representação política e a toda sorte de influências – desejáveis e indesejáveis – que vêm dessa esfera: necessidade de aprovação popular, resultados focados no curto prazo, pressão da mídia, interesses de financiadores de campanha, esvaziamento de projetos políticos polêmicos. Parece inelutável que ao menos um dos poderes do Estado seja responsivo aos valores públicos, não à aprovação popular.

Além disso, diversos órgãos não eleitos definem os rumos da política nacional sem que sua legitimidade seja questionada, ou mesmo que sejam acusados de antidemocráticos. Um exemplo é o Comitê de Política Monetária (Copom), criado por Circular do Banco Central e que define as diretrizes da política monetária nacional e a taxa de juros.

O Estado de Direito não se resume ao modelo de representação política, assim como a democracia não se basta no governo da maioria. A existência de um documento que veicula valores com força normativa requer a existência de um poder capaz de concretizar as garantias nele veiculadas. Daí por que as decisões majoritárias podem e devem ser controladas a partir do arcabouço axiológico materializado na Constituição.

2.2 O Caráter Contramajoritário da Jurisdição

A Constituição estabelece direitos que são excluídos do alcance da deliberação democrática. Eles estão além do poder decisório de majorias ocasionais, salvaguardados por cláusulas rígidas. Governar de acordo com o consentimento da maioria constitui o núcleo do sistema democrático. Uma

maioria com poder ilimitado para definir escolhas políticas, no entanto, pode arranjar para si benefícios em detrimento das diversas minorias, sem que haja qualquer diferença relevante a justificar o desequilíbrio de tratamento entre os dois grupos. A delicada tarefa do poder jurisdicional consiste, pois, em proteger os direitos constitucionais das minorias sem entrar em contradição com o princípio majoritário.¹³⁷

Isso não significa que o Judiciário deve encampar os movimentos minoritários, mas que deve assegurar o seu direito de participação no processo de decisão política (aspecto procedimental) e garantir que os resultados dessa deliberação respeitem os direitos das minorias (aspecto material).¹³⁸

Atingir uma definição precisa de democracia é tarefa quase impossível. A polissemia do termo impede que se abarquem todas as suas nuances. O que se busca é tão somente estabelecer uma noção, desenhar um modelo coerente com a arquitetura constitucional do poder.

Um dos conceitos mais ampliativos de governo democrático foi estabelecido por Robert Dahl. Para o autor, o processo de democratização pode ser analisado a partir de duas variáveis, apenas: as liberdades de contestação e de participação política. Quanto maior o espaço para contestar o regime, mais liberalizado e competitivo ele se torna. Por seu turno, quanto maior a possibilidade de participação, mais inclusivo será o governo. Logo, se o governo for inclusivo e liberalizado ao mesmo tempo, será democrático – ou,

¹³⁷ “Thus the central function, and it is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like”. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 4-5.

¹³⁸ “Some commentators have suggested that the Court’s role in protecting minorities should consist only in removing barriers to their participation in the political process. We have seen, however – and the realization is one that threads our constitutional document – that the duty of representation that lies at the core of our system requires more than a voice and a vote. No matter how open the process, those with most of the votes are in a position to vote themselves advantages at the expense of the others, or otherwise to refuse to take their interests into account. ‘One person, one vote’, under these circumstances, makes a travesty of the equality principle”. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135.

nas palavras do autor, *poliárquico*, termo que denota o caráter utópico da democracia para ele.¹³⁹

Um governo democrático nesses moldes possui duas importantes conseqüências. Primeiro, garante liberdades clássicas como os direitos de expressão, de associação política, de votar secretamente e de oposição, dentre outros. Em segundo lugar, dificulta a exclusão de uma porção significativa da população. O fato histórico que comprova tal assertiva é a dominação branca sobre os negros, nos Estados Unidos. Para negar direitos aos negros, fez-se necessário um duplo sistema: democrático para os brancos e hegemônico para os negros.¹⁴⁰

Esse conceito singelo, integrado por apenas dois elementos, permite pensar o Judiciário como arena política. Um dos maiores argumentos contra o ativismo judicial consiste em questionar a legitimidade de agentes não eleitos para implementar políticas públicas. Segundo essa corrente, apenas os representantes escolhidos pelo povo poderiam desenvolver tal atividade.

Até mesmo as eleições, contudo, podem ser interpretadas não como uma expressão confiável da vontade popular, mas como uma oportunidade de eliminar dirigentes indesejados ou de demonstrar a insatisfação com os rumos da política – o que põe em xeque a legitimidade dos representantes eleitos para promover políticas públicas.¹⁴¹

Além disso, nem sempre os interesses dos eleitores e da nação são adequadamente representados. Frequentemente, o que os políticos defendem são os “interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica,

¹³⁹ DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EdUSP, 2005, p. 25-31

¹⁴⁰ DAHL, Robert A. *Poliarquia. participação e oposição*. São Paulo: EdUSP, 2005, p. 35-52.

¹⁴¹ PRZEWORSKI, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 13-43.

deixando em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados”.¹⁴²

Desse modo, as eleições, por si mesmas, não legitimam quaisquer escolhas políticas, sobretudo se elas desconsideram valores constitucionais. O voto popular não necessariamente significa apoio às decisões que o representante eleito tomará no decorrer de seu mandato – principalmente porque não há uma vinculação entre promessas de campanha e a efetiva atuação do agente político.

Atribuir ao juiz a função de implementar direitos que os demais poderes insistem em ignorar contribui sobremaneira para ampliar o direito de participação popular. Isso porque o Judiciário se torna verdadeiro palco de debate e cobrança, a última instância a quem o cidadão pode aceder para ver concretizados os direitos constitucionalmente garantidos. Trata-se de uma forma de democracia direta, em que se assegura a participação do povo na tomada de decisão. Não mediante representantes eleitos, mas diretamente, por meio de ação. Nesse sentido,

A jurisdição constitucional é um importante instrumento que possibilita, de um lado, a participação direta do cidadão no processo de interpretação e efetivação das normas constitucionais (...). De outro lado, desempenha importante papel como instância de limitação dos poderes conferidos aos representantes do povo. Essa limitação se opera por meio do Judiciário, mas é levada a efeito pelo próprio povo. Em primeiro lugar, como corolário do princípio da inércia da jurisdição. Nenhum juiz atua sem ser demandado. Assim, quando o juiz atua, é o próprio povo quem, por meio dele, o faz. Em segundo lugar, porque o juiz é também um representante do povo.¹⁴³

Percebe-se, assim, que, em grande medida, falar em controle *judicial* de políticas públicas é uma forma incompleta de abordar o problema.

¹⁴² JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 87.

¹⁴³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 78.

Como a atuação jurisdicional é limitada pelo princípio da demanda, o controle da política pública na verdade é definido e delimitado pelas partes. A partir do seu debate no processo é que serão definidos os argumentos que integrarão a decisão.

Conceber o processo como uma ágora, aberta para o debate público, promove a democracia direta a partir da inclusão de novos agentes no processo de tomada de decisão política, que fica acessível a qualquer um, expandindo conseqüentemente as possibilidades de contestação popular às decisões políticas. Tende-se, assim, a uma potencialização do sistema democrático (ou poliárquico, nos termos descritos por Dahl).

Essa construção resolve ainda o problema da intermediação entre povo e governo, apontada por Anthony Downs. Ora, ainda que o governo de fato represente o interesse geral, e não os seus próprios interesses, não há como ter certeza sobre qual política encontra maior respaldo popular. Tal situação abre margem à atuação de intermediários, que trazem ao poder central informações sobre o que o povo aprova ou desaprova. Mas não todo o povo, apenas uma parcela, o que evidentemente impede que grupos minoritários sejam ouvidos.¹⁴⁴

A implementação dos direitos fundamentais desses grupos pelo poder jurisdicional contribui para a formação de uma democracia consensual. O consensualismo contesta a interpretação segundo a qual governo democrático é aquele que governa pela maioria do povo. Mais do que isso, busca assegurar que todos os afetados por uma decisão tenham a oportunidade de participar efetivamente do processo que a origina. É um modelo preocupado com as minorias políticas, portanto mais adequado a países (ou blocos de países) heterogêneos, marcados pela diversidade cultural.¹⁴⁵

¹⁴⁴ DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. São Paulo: EdUSP, 1999, p. 25-115.

¹⁴⁵ LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 51-65.

Como se percebe, compreender o Judiciário dentro da conjuntura atual significa outorgar uma importante função a este que foi concebido como um poder neutro, vazio, nulo. Ele passa de mero espectador a verdadeiro agente a serviço dos valores constitucionais. Como poder contramajoritário que é, a Jurisdição exercerá a função de freio dos demais poderes, cuja atuação poderá ser a qualquer tempo questionada por minorias que sejam desrespeitadas no processo de tomada de decisão. Mais do que isso, a inércia de Executivo e Legislativo, quando desarrazoada, poderá ser suprida pela atuação direta do juiz, em favor da concretização dos direitos fundamentais.¹⁴⁶

Essa mudança, todavia, só pode ser integralmente compreendida com a observação de que o fundamento de validade das leis e normas de organização política também mudou.

Alguns estudiosos afirmam que a superação da lei como fundamento de validade do direito é fruto da superação das sociedades tradicionais, nas quais a legitimação estava calcada em um poder superior imposto aos indivíduos, fosse ele a religião, o poder da força exercido autoritariamente por uma pessoa ou grupo de pessoas ou a lei, cuja generalidade e abstração associada ao mecanismo da representação política preenchem os requisitos formais que permitem erigir a legalidade a fundamento de validade por excelência de uma sociedade fundada na igualdade de todos e na segurança jurídica. Ainda que, a rigor, ninguém se responsabilize pelo cumprimento dos objetivos sociais estabelecidos na própria lei, tais objetivos pairam como uma promessa que legitima o sistema e difere para algum lugar no futuro a sua plena realização.

Nas sociedades pós-tradicionais, a legitimação do poder social encontra-se nos próprios indivíduos e somente pode ser alcançada por um critério racional de consenso entre os participantes da comunidade de comunicação. Fenecem todos os fundamentos de validades impostos por uma força exterior, e tudo passa a ser questionado e deve ser racionalmente motivado. Outro fator que explicaria a superação da lei como fundamento de validade do direito, segundo Fábio Comparato, é que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na

¹⁴⁶ “Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente”.¹⁴⁷

Finalmente, quanto à possível alegação de que a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais desequilibraria os poderes, há que se atentar para o fato de que sua divisão não é tão estanque quanto faz parecer a análise dos modelos clássicos. O Brasil é um exemplo em que o Presidente possui muito poder legislativo, e o utiliza para definir a agenda do Congresso. Isso perfaz um modelo bastante centralizado da tomada de decisão.¹⁴⁸ A concepção que se propõe, por conseguinte, reequilibra a balança que, historicamente, sempre pendeu para o lado do Executivo e Legislativo.

O juiz, sem poder de *imperium*, esteve por muito tempo atado pela legislatura e impossibilitado de impor aos demais poderes o dever de cumprir as normas constitucionais. Hoje, a judicatura pode contribuir de maneira sem precedentes na materialização do princípio democrático. Basta que as teorias clássicas sejam compreendidas contextualmente. E o contexto atual impõe a releitura do dogma da rígida separação entre os poderes, em nome da participação popular na discussão e tomada de decisão.

2.3 A Legitimação Política da Jurisdição

O Judiciário pode ser compreendido como garante do debate político e concretizador dos valores públicos nele definidos. Isso traz à tona

¹⁴⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 67.

¹⁴⁸ CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered. *Annual Review of Political Science*. Jun. 2002, v. 5, p. 151-179.

uma questão fundamental: existem razões para crer que juízes decidem questões políticas melhor do que legisladores ou administradores?

Note-se que essa questão ultrapassa a esfera do ôntico, que até aqui guiou o presente estudo. Não se examina mais se juízes decidem ou não questões políticas. Por todo o exposto, percebeu-se que sim, e que esse é um fenômeno inevitável dentro do atual paradigma jurídico. Busca-se, agora, questionar as credenciais do poder jurisdicional para tanto. Não poderia a função de concretizar os valores constitucionais ser atribuída aos legisladores ou administradores? O que torna o processo judicial um meio adequado para o controle de políticas públicas?

Esse debate, conquanto recente no direito brasileiro, já é antigo nos Estados Unidos. Em 1938, a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *United States vs Carolene Products*,¹⁴⁹ desenvolveu incidentalmente aquela que viria a se tornar a grande referência normativa para ordenar a relação entre Judiciário e os demais poderes: a teoria da falha legislativa.

De acordo com essa construção, exposta na nota de rodapé n. 4 da decisão, a jurisdição seria subordinada ao Legislativo, a menos que se caracterizasse uma hipótese de falha legislativa, ou seja, “a não ser que houvesse alguma razão para considerar os processos da legislatura inadequados”.¹⁵⁰ Desse modo, o Judiciário cumpriria uma função meramente procedimental, assegurando que grupos minoritários participem do processo legislativo.

O que tal teoria não leva em conta é a capacidade material de participação no processo de decisão política. Não basta que os grupos interessados sejam ouvidos. É necessário que eles tenham o poder de influenciar a tomada de decisão. De nada adianta que determinado grupo ou

¹⁴⁹ 304 U.S. 144,152 n. 4 (1938).

¹⁵⁰ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 31-32.

coletividade sejam autorizado a expor suas reivindicações numa audiência pública se a decisão do Legislativo já estava previamente tomada.

Quando vota a favor de um projeto de lei, o legislador não precisa justificar por que deu o seu apoio. Por isso, não há garantias de que os direitos de todos os envolvidos tenham sido considerados no processo decisório.¹⁵¹

É interessante notar que essa dificuldade é facilmente superada no processo judicial, em que se assegura o direito ao contraditório. Como reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, o contraditório é integrado pelas garantias de participação (dimensão formal) e de possibilidade de influência na decisão (dimensão material) por meio de seus argumentos.¹⁵² Desse modo, é garantido à parte não apenas apresentar suas alegações, mas vê-las todas devidamente analisadas pelo magistrado.¹⁵³

A teoria da falha legislativa tampouco soluciona o problema da inércia do Legislativo. Diversos direitos fundamentais são violados pela simples falta de regulamentação por lei. Como garantir a regularidade do processo legislativo na hipótese em que esse poder se recusa a legislar?

A maior dificuldade decorrente dessa construção, no entanto, consiste no fato de que “a nota não justifica sua maior premissa normativa, aquela que afirma a supremacia dos Poderes majoritários mesmo quando os

¹⁵¹ “O critério formal de democracia se revela insuficiente para a sociedade brasileira contemporânea, já que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas produziu um ambiente exclusivo em que as relações entre governos eleitos e empresas privadas nunca foram tão próximas. Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnocracia invisível que opera no interior do Estado usando de sua estrutura burocrática”. APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27.

¹⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. V. I, p. 52.

¹⁵³ “A autoridade dos juízes para conferirem aos valores constitucionais seus respectivos significados origina-se da independência do Judiciário e da vontade dos juízes no sentido de empenharem-se em um diálogo especial sobre tais significados. Os juízes empenhados na reforma estrutural invocam a autoridade interpretativa, tradicionalmente inerente ao cargo e derivada do processo por meio do qual eles exercem seu poder”. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 115-116.

valores constitucionais estão em jogo”.¹⁵⁴ Não existe um vínculo direto entre o significado de um direito e a vontade majoritária.¹⁵⁵

A mesma crítica pode ser endereçada à concepção que advoga a deferência do Judiciário às decisões administrativas. Sob o argumento de que a Administração possui superioridade técnica, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso *Chevron USA, Inc. vs Natural Resources Defense Council, Inc.*,¹⁵⁶ que o Judiciário deveria se curvar à interpretação jurídica da Administração e de suas agências.¹⁵⁷

Tal corrente parte do mesmo princípio que a teoria da falha legislativa: o Judiciário só deve agir diante da falha de outro poder. Essa premissa, contudo, não é explicada. Com efeito, nada justifica que o poder jurisdicional seja subordinado aos demais poderes, e só possa atuar quando as outras funções do Estado falham.

O argumento da superioridade técnica tampouco é capaz de sustentar essa concepção. Embora seja verdadeiro que a Administração possui profundo conhecimento técnico – em grande medida fruto da especialização regulatória¹⁵⁸ –, isso não significa que ela esteja em melhor posição que o

¹⁵⁴ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 35.

¹⁵⁵ “Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? É difícil avaliar a questão da exatidão abstratamente, isto é, separadamente de alguma teoria particular de direitos. Mas não consigo imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. Obviamente, segundo qualquer teoria de direitos, decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações que menos informações sobre uma variedade de fatos. Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

¹⁵⁶ 467 Ou.S. 837 (1984)

¹⁵⁷ SUNSTEIN, Cass. *Beyond Marbury: The Executive’s Power to Say What The Law Is*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 268, nov. 2005, p. 5-7. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/268_1.pdf>>. Acesso em 04/04/2010.

¹⁵⁸ Os reflexos da política de especialização regulatória no processo civil são explicados por Mauro Cappelletti:

“‘New Deal’ America, of course, experienced both the sudden deluge of new administrative agencies, and the threatened explosion of the courts. Faced with the new tasks of the ‘social state’, the traditional courts were physically and philosophically unable to match such a new challenge. Judges were too few; their formalistic and burdensome procedures were not flexible enough to deal rapidly,

Judiciário para definir as políticas públicas. Afinal, o magistrado pode se cercar dos melhores peritos para decidir. E o faz após ouvir os argumentos e aquilatar as provas de ambas as partes, que por sua vez podem estar auxiliadas também por assistentes técnicos.

A legitimidade do poder jurisdicional para controlar a criação e execução de políticas públicas reside, pois, no fato de que apenas o processo judicial garante que os argumentos dos interessados serão considerados e respondidos. Afinal, ao princípio da demanda, que permite às partes fixar a extensão do litígio, liga-se o princípio da correlação, “que impõe a necessária vinculação do conteúdo da sentença com o litígio exposto pelas partes”.¹⁵⁹

Ao contrário das decisões administrativas e legislativas, a decisão judicial é fruto de um debate processual, guiado pelo princípio do contraditório, que assegura às partes o poder de influir na convicção do julgador. A esta, expressa na sentença, impõe-se uma garantia negativa, que veda ao juiz decidir além do pedido da parte, e um dever positivo, que impõe a apreciação da totalidade do pedido.¹⁶⁰

Isso significa que o controle judicial das decisões políticas é um meio de assegurar a participação dos envolvidos por tal decisão, bem como a efetiva consideração de seus argumentos. Essa potencialidade não é encontrada nem no processo administrativo, em que apenas algumas matérias

efficiently, and economically with the new social and economic demands; their political and cultural Outlook as well as their sociological background made them incapable of coping with certain issues in a socially desirable way; indeed, they were not adaptable to understanding the newly emerging philosophy of the 20th-century state.

*Hence the need was felt to entrust adjudicative functions to different ‘judges’, taking such functions away from the courts of Law and limiting, or even excluding, court review of these ‘judges’ decisions (...). CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report). In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, Internacional and Comparative Law Prepared at the Requesto of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 706-707.*

¹⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o Princípio da Demanda. In: FUX, Luis; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 587-603.

¹⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o Princípio da Demanda. In: FUX, Luis; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 587-603.

são de fundamentação obrigatória,¹⁶¹ nem no processo legislativo, no qual sequer existe, em regra, dever de fundamentação.¹⁶²

A decisão judicial, por outro lado, não se diferencia das decisões administrativas ou legislativas apenas em razão da obrigatoriedade de motivação. Seus fundamentos também são necessariamente diversos. O Legislativo, como poder majoritário, tem sua legitimidade calcada na democracia indireta. Por isso, suas escolhas políticas são fundadas na vontade popular. A Administração, por sua vez, possui ampla discricionariedade para concretizar as prioridades definidas pelo Legislativo. Essa margem de atuação existe e só se justifica para permitir a satisfação das necessidades públicas da maneira mais eficiente. A vinculação primária das decisões administrativas é com a gestão eficiente dos recursos públicos. A função jurisdicional, por sua vez, existe para assegurar o cumprimento das garantias constitucionais. Por isso, quando submetida a apreciação de uma decisão política ao Judiciário, ela será enfocada sob aspecto jurídico.

O debate processual, portanto, será travado a partir de argumentos jurídicos. Não cabe ao magistrado substituir-se ao legislador e decidir com base na vontade popular; tampouco compete ao juiz substituir-se ao administrador e decidir que determinada medida é tecnicamente mais adequada que a outra – a menos, obviamente, que tais decisões violem por si só um bem jurídico.¹⁶³ A decisão judicial deve tutelar os direitos processuais e materiais dos grupos atingidos por uma decisão política. Afinal, os demais

¹⁶¹ Art. 50 da Lei 9784/1999: Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

¹⁶² Note-se que, mesmo nas excepcionais em que existe um dever de motivação no processo legislativo – por exemplo, na oposição de veto a um dispositivo –, não há garantias de que os argumentos da coletividade serão de fato considerados.

¹⁶³ Nessa situação, contudo, haverá um autêntico controle de legalidade, não exatamente um controle da legitimidade da decisão dos poderes eleitos.

poderes não encontram sua legitimação na concretização do ordenamento. Por isso, ao realizarem suas funções primárias, podem acabar desrespeitando direitos individuais e coletivos.

Se o processo judicial existe para garantir o contraditório, e deste se origina a decisão, ganha relevo a influência do comportamento das partes no resultado da demanda. Como são os litigantes que definem os limites objetivos da demanda, é fundamental averiguar em que medida sua atuação pode determinar o resultado da ação.

2.4 O Caráter Argumentativo do Direito

Proposições normativas são caracterizadas pela generalidade e abstração. Por isso, frequentemente um dispositivo legal é dotado de vagueza e indeterminabilidade. Embora não haja muita discordância quanto a essas características, é comum negar-se o caráter argumentativo do direito. Sob o postulado de que o princípio da legalidade exigiria decisões absolutamente previsíveis, afirma-se que a segurança jurídica depende de um ordenamento geometricamente construído, que poderia ser demonstrado a partir do método indutivo.

É verdade que o Estado de Direito requer segurança jurídica. A previsibilidade, todavia, não implica mascarar a realidade por meio de ficções que, embora forneçam modelos lógico-hipotéticos aceitáveis, não condizem com a realidade. É impossível a qualquer ordenamento prever, com clareza e indiscutibilidade, a diversidade de situações que a vida cotidiana insiste em criar. Admitir esse fato não é negar o Estado de Direito, mas reconhecer os limites do direito positivo como fornecedor de certezas. O papel do

ordenamento é fornecer limites dentro dos quais o governo democrático seja conduzido.¹⁶⁴

Ora, para o jurista, enunciados normativos são a matéria-prima a partir da qual será produzido o Direito, sua ciência em permanente construção. As prescrições normativas não podem ser consideradas isoladamente. Elas se influenciam mutuamente, numa interação que envolve tanto enunciados de mesma hierarquia e densidade quanto enunciados de diferentes hierarquias e densidades (como acontece na influência que um princípio constitucional exerce sobre uma regra legal). Para além dessa interação, há que se considerar ainda a finalidade e o contexto social de aplicação das prescrições, na medida em que uma decisão destituída de factibilidade é uma não-decisão. Assim, para existir, o Direito precisa ser interpretado; para deixar de ser um enunciado normativo e passar a ser norma, é necessário que haja compreensão.

Disso se extrai que, ao contrário do que acreditava o positivismo jurídico, não é possível retirar do direito toda e qualquer subjetividade. Para ser continuamente praticado e produzido, o direito precisa ser interpretado. As normas precisam ser trabalhadas. Sem alguém que lhes dê forma, aplicação, explicação, conteúdo, organização, não há direito, apenas matéria bruta.¹⁶⁵

Se enunciados normativos não podem se auto-aplicar, então eles precisam de uma interpretação que lhes dê concretude. E o ato de interpretar demanda convencimento. Por isso, a cada uma das partes é dado o direito de exercer o contraditório. Elas podem levantar dúvidas sobre as certezas construídas em cada fase do processo judicial. Daí se reconhecer que “a

¹⁶⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17.

¹⁶⁵ “É um truísmo dizer que essa massa de materiais [as leis] não é e não pode ser considerada capaz de se auto-aplicar e de se auto-interpretar. Ela consiste no Direito visto em um estágio que Ronald Dworkin sugere que chamemos de ‘pré-interpretativo’. Na perspectiva do ‘Estado de Direito’ ideal, esse material teria que ser compreendido como a matéria-prima do ‘sistema jurídico’. MacCormick, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 32.

certeza do Direito é (...) uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças”.¹⁶⁶

O Direito, portanto, admite respostas abertas, que dependem “da ponderação de direitos ou bens em conflito *atendendo às circunstâncias do caso concreto*”.¹⁶⁷ Nesse sentido, “o alcance de uma norma que *em geral* estabelece um limite válido a um direito fundamental pode ser por sua vez limitado em atenção a esse mesmo direito *em algumas circunstâncias*, cuja especificação parece remeter, novamente, à ponderação de direitos em conflito (...) nas circunstâncias do caso concreto”.¹⁶⁸

Dada a constante interação entre regras e princípios, o direito positivo, assim como disposições contratuais e quaisquer regras em geral, pode ser corretamente compreendido como “condições *ordinariamente* necessárias e *presumivelmente* suficientes” para a ocorrência do conseqüente normativo.¹⁶⁹

Uma vez que diferentes princípios e regras podem ser simultaneamente aplicáveis ao mesmo caso concreto, evidencia-se a derrotabilidade das normas. Afinal, um princípio, dotado de maior vagueza e generalidade, pode estabelecer exceções implícitas à regra, as quais não podem ser enumeradas exaustivamente de antemão. A incidência de um princípio a afastar a aplicação de uma regra evidencia a impossibilidade de o

¹⁶⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

¹⁶⁷ BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUES, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 157.

¹⁶⁸ BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUES, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 160.

¹⁶⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 325-326.

direito positivo precisar antecipadamente as circunstâncias suficientes de sua aplicação.¹⁷⁰

Um exemplo muito claro desse fenômeno é o caso *R. vs National Insurance Commissioner ex p. Connor*, mencionado por Neil MacCormick. Trata-se de precedente em que uma viúva requereu o recebimento de pensão pela morte do marido. Apesar de ter preenchido todos os requisitos legais explícitos para o recebimento do benefício, a mulher não fez jus ao auxílio, porque o Seguro Nacional observou que o marido morrera em razão de homicídio por ela praticado. Sob o argumento de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, o direito ao recebimento das pensões foi excepcionado.¹⁷¹

A derrotabilidade das normas decorre não apenas da interpretação jurídica, mas também da atividade probatória das partes. Nem sempre uma alegação consegue ser comprovada em juízo. Evidencia-se, assim, o caráter argumentativo do direito. O resultado de um processo não é determinado pelas preferências majoritárias ou pelo critério da superioridade técnica. A decisão judicial é fruto do convencimento, que por sua vez é fruto da atividade das partes.

O fato de que a atuação dos litigantes pode criar exceções implícitas a regras parece, num primeiro momento, abalar o ideal de segurança jurídica. Por serem categorias dotadas de maior grau de abstração, a aplicação dos princípios é aberta a valores que, muitas vezes, não estão claros no texto. Isso leva a questionar se a *defeasibility* poderia ser, então, uma porta aberta ao arbítrio judicial.

Uma análise mais acurada demonstra que não. Ao contrário do que se pode imaginar, a textura fluida dos princípios estabelece limites eficazes

¹⁷⁰ BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUES, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales*: El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 165.

¹⁷¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 313-314.

à interpretação judicial. Ganham relevo, nesse contexto, o dever de justificação das decisões e a natureza dos argumentos aptos a embasar o convencimento do magistrado.

2.5 Argumentação Jurídica e Argumentação Política: os princípios como limites interpretativos

É possível reconhecer aspectos objetivos na interação entre regras e princípios. Isso, porém, não evita que tais aspectos sejam mediados pela subjetividade do julgador. Afinal, a ele compete fazer a ponderação entre os argumentos das partes e efetuar os juízos de proporcionalidade e razoabilidade. Aceitar a subjetividade no julgamento não é uma opção política, mas o reconhecimento (tardio) de uma característica inerente ao fenômeno jurídico.

O modelo silogístico não explica a *defeasibility*. Ele se limita a explicitar a subsunção de fatos a uma norma, sem considerar a interação entre regras e princípios. A lógica monotônica é, pois, insuficiente num sistema que admite o peso da argumentação jurídica. Uma vez que, em razão da garantia do contraditório, todas as premissas colocadas por uma parte, sejam elas fáticas ou de direito (além das provas dessas premissas), podem ser questionadas pela outra parte, deve haver um limite aos argumentos passíveis de utilização tanto para questionar quanto para decidir sobre premissas e conclusões.

Esse limite pode ser encontrado na razão prática: uma razão justificadora universalizável (ou seja, passível de aplicação em casos semelhantes), que toma em conta suas conseqüências (ao menos as jurídicas), tomada a partir da avaliação dos valores que informam o ordenamento, de modo coerente tanto no sentido normativo (coerência entre normas) quanto no

sentido narrativo (coerência com as provas). Toda essa conjunção de elementos impõe limites bastante significativos ao tipo de argumentação passível de utilização no direito. Ao mesmo tempo, reconhece a *defeasibility* inerente a um sistema aberto aos influxos axiológicos da sociedade.¹⁷²

Em outras palavras, os limites à mediação subjetiva do julgador não estão no direito positivo, mas na justificação da decisão. Ao avaliar a interação entre regras e princípios, o julgador deve buscar razões fundadas em aspectos objetivos, tendentes à universalização, aplicáveis em casos semelhantes, o que em princípio afasta a possibilidade de uma decisão parcial.

Além disso, a decisão deve considerar suas conseqüências. Embora seja discutível se a repercussão econômica do julgamento deve figurar entre as razões de decidir, no mínimo a solução do caso deve atentar para sua factibilidade. Uma decisão juridicamente correta e faticamente inviável atenta contra sua própria razão de ser.

Finalmente, a decisão deve ser dotada de coerência, considerada em dois níveis: coerência com as normas integrantes do ordenamento e coerência com as provas produzidas pelas partes. Este segundo nível implica que a motivação da sentença considerará todos e tão-somente os fatos provados pelas partes.

Já no primeiro sentido, a decisão é limitada por normas de diferentes densidades e hierarquias. Ou seja, a justificação judicial deve compatibilizar, na medida do possível, regras e princípios constitucionais. Assim, os princípios orientam a compreensão das regras, dando-lhes determinado sentido, e não o contrário, como era defendido no paradigma racionalista, quando das regras é que se extraíam os princípios. Conquanto o significado dos princípios possa (e deva) ser buscado fora do documento, a interpretação do texto constitucional como um todo unitário representa uma barreira eficiente contra o arbítrio.

¹⁷² MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 329-362.

Essa postura decorre do princípio da unidade da Constituição, segundo o qual cabe ao intérprete “harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas”.¹⁷³ Logo, qualquer interpretação outorgará à norma um alcance que não poderá sobrepô-la a outra norma. Os valores constitucionais encontram eficácia até o ponto em que colidem com outro valor fundamental. Nesse sentido, a Constituição já estabelece limites aos conceitos abertos de que se utiliza.

Isso pode ser explicado pelo fato de que interpretar a Constituição de maneira sistemática implica reconhecer direitos que se autolimitam. Não se pode, portanto, atribuir a um direito certo significado que anule outro direito assegurado constitucionalmente. Essa constante tensão evita quase toda ordem de subjetivismos que poderiam ser aceitos pelos conceitos vagos da linguagem normativa.

Se a Constituição deve ser dotada de significado a partir de elementos externos a ela, porém interpretada com base em limites por si mesma estabelecidos, então o que se busca é uma compreensão que vá do todo à parte e da parte ao todo; do contexto social à norma e da norma ao contexto social. É essa relação dialética, de mão dupla, que caracteriza a hermenêutica contextual.

A hermenêutica contextual refere-se à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição e, reciprocamente, desta sobre o contexto em que ela se situa. É pela hermenêutica contextual que se descobre que duas passagens semelhantes, dentro da mesma Constituição, podem ter sentidos diversos, consoante o lugar que ocupam relativamente ao texto como um todo. Aqui se tem que o contexto intrínseco (ou contexto interno) é que indica ao intérprete o sentido de uma norma dentro de uma estrutura normativa específica dentro da totalidade normativa da Constituição. Mas não basta o contexto interno ou intrínseco para o desvendamento do sentido das normas constitucionais, porque a hermenêutica do sentido também busca definir o objeto da interpretação – a Constituição – no mundo, assim como a tensão do mundo sobre ela. Aqui, a interpretação envolve a busca de um fator *externo*,

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

que se acha no contexto extratexto, para designar o sentido da Constituição e de suas normas.¹⁷⁴

Percebe-se, dessa maneira, como os princípios servem de limites à interpretação das normas. A aplicação mediante subsunção e interpretação literal dos dispositivos de lei fornece uma falsa sensação de segurança jurídica. Esse método possibilita (em tese) prever o comportamento a ser observado quando ocorrida a situação descrita no antecedente normativo, mas deixa sem solução aparente as hipóteses que não se enquadram com perfeição à *fattispecie*. Nesse caso, não existem diretrizes a orientar o caminho interpretativo a ser seguido, uma vez que não se reconhece força normativa aos princípios. Ademais, privilegia a aplicação da regra explícita em detrimento dos valores constitucionais, o que configura evidente contradição interna ao ordenamento.

Quando se admite a derrotabilidade das regras e a aplicabilidade dos princípios, por outro lado, busca-se não apenas aplicar o direito de acordo com os objetivos fundamentais, mas também se possibilita tratar isonomicamente casos semelhantes. Os princípios funcionam como diretrizes integradoras do ordenamento. Conferem unidade à interpretação das regras. Desse modo, é possível decidir de maneira semelhante casos assemelhados, ainda que nem todos preencham exatamente todas as características descritas na norma.

Podem-se questionar esses limites afirmando ser possível outorgar aos princípios qualquer conteúdo.¹⁷⁵ Tal afirmação, contudo, não é verdadeira. Ela toma como padrão um comportamento que é desviado. Certamente será sempre possível extrapolar os limites expostos neste trabalho, na medida em que eles atuam no plano deontológico, e não na ontologia do processo decisório. É incorreto, todavia, negar o papel limitativo que os

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

¹⁷⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 43-72.

princípios exercem. Ao juridicizar valores, os princípios trazem para dentro do ordenamento toda uma axiologia que permeia a sociedade.¹⁷⁶ E, ao sopesar esse conteúdo ético, o magistrado exerce um papel político, na medida em que escolhe entre dois ou mais valores igualmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas que não podem ser simultaneamente aplicados ao caso sem um trabalho de conformação.

Ao contrário do que pode parecer, o reconhecimento de que a aplicação do direito é intermediada pela subjetividade do julgador contribui para a própria limitação do arbítrio. Afinal, uma motivação fundada em técnicas de interpretação semântica – teoricamente neutras, porquanto legalistas – pode escamotear os princípios norteadores da decisão, pois não justifica por que se concretizou um valor constitucional em detrimento de outro. Por outro lado, uma decisão judicial abertamente política apresenta os exatos motivos pelos quais se outorgou maior peso a um valor constitucional e não a outro.¹⁷⁷

Para superar a crítica segundo a qual a atribuição de significado aos valores constitucionais permite ao juiz impor seus próprios valores, é útil

¹⁷⁶ “Tais diferenças de opinião são endêmicas (apesar de que, com o passar do tempo, as pessoas podem mudar de opinião). As opiniões políticas e éticas gerais das pessoas contribuem para tais diferenças (...). Isso é inevitável. Afinal de contas, mesmo que juízes e outros tentem sinceramente insular as Cortes das controvérsias partidárias que dominam a democracia representativa e o debate legislativo, os valores e princípios implícitos no Direito e explicitamente invocados nos casos mais problemáticos são também valores e princípios políticos, em muitos casos representando o resultado nunca permanente de lutas políticas passadas.

Apesar de endêmico, é importante destacar que o desacordo é focado, episódico e local, e não abrangente e universal em todo o sistema jurídico. Se fosse abrangente e universal, o Estado e a sociedade civil estariam à beira de um colapso, ou teriam mesmo já entrado em colapso, e o Direito seria um campo de batalha e não um sistema de normas institucionais que está, de modo geral, estabelecido e em funcionamento. Desacordos relativos a questões importantes e profundas de opinião existem. Eles são, no entanto, desacordos entre pessoas que compartilham uma visão dos pontos que estão em jogo no argumento, ao mesmo tempo em que atribuem peso diferente a componentes diversos, de modo isolado e em alguma combinação. Nesse sentido, eles são desacordos razoáveis entre pessoas razoáveis, desacordos que persistem depois de debate e deliberação cuidadosos e refletidos”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 338-339.

¹⁷⁷ “As questões de semântica, justamente porque não têm forma política, não fazem discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que, inevitavelmente, irão influenciar as respostas que os juízes lhes dão. Elas atraem julgamentos políticos ocultos, que podem ser incompatíveis em princípio com a legislação supostamente aplicada. As questões políticas que o modelo centrado nos direitos recomenda, porém, exigem que as respostas políticas dadas a elas sejam explícitas e fundadas em princípios, para que seu apelo e compatibilidade com princípios mais geralmente endossados possam ser testados”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36.

resgatar a diferenciação de Dworkin entre *conceitos* e *concepções*. Os primeiros funcionam como vetores interpretativos que orientam e restringem a compreensão dos segundos.¹⁷⁸

Para o Professor da University College London, as cláusulas abertas representam um apelo para que o magistrado preencha com conteúdo valorativo os *conceitos* nelas empregados. O juiz poderá, então, dotá-las de significado. Seria um erro buscar a concepção do constituinte sobre o que é, por exemplo, pena “desumana” ou “degradante”. Isso seria decisivo se os autores do dispositivo tivessem pretendido formular uma *concepção* específica de degradação – o que reduziria o alcance da norma.

Observa-se, desse modo, a fragilidade do argumento segundo o qual o julgador pode alterar o conceito dos princípios fundamentais, desrespeitando o trabalho do constituinte. Isso porque o conceito está posto, e não sofre mutação constitucional. O que se altera é a *concepção* a respeito de tal direito, a qual deve refletir o arcabouço axiológico da sociedade. A relação, pois, é de continente (o conceito) e conteúdo (a interpretação judicial, a concepção). E o Judiciário deve, sem dúvida, ter liberdade para se pronunciar a respeito da sua concepção sobre os direitos, adaptando-os ao caso concreto e moldando-os de acordo com as mudanças sociais. Defender o contrário seria atar a sociedade contemporânea àquilo que os constituintes entendiam, por exemplo, por “desumano” ou “degradante”.

Por todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento da força normativa dos princípios não contribui para a insegurança jurídica. A derrotabilidade de uma norma por um princípio, na verdade, contribui para a unidade do Direito, ao fornecer diretivas e, conseqüentemente, limites interpretativos à decisão judicial.¹⁷⁹ As garantias contra o arbítrio do julgador não estão no direito positivo, mas no dever de fundamentar a decisão com

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 81-149.

¹⁷⁹ “The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a Knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles.” CARDOZO, Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven and London: Yale University Press, 1977, p. 141.

razões universalizáveis, conseqüentes e coerentes com o ordenamento e com a atividade dialética das partes.

2.6 A Dimensão Fática do Problema

Embora o controle das políticas públicas pelo Poder Jurisdicional seja uma decorrência do neoconstitucionalismo, do formalismo valorativo (ou neoprocessualismo) e de uma concepção substancialista de democracia, é comum levantar-se a possibilidade de uma ditadura do Judiciário como empecilho para o protagonismo judicial.

De fato, um sistema político ideal deve ser capaz de equilibrar o exercício efetivo do poder e os limites inerentes à atuação de cada função do Estado. A possível vinculação entre ativismo judicial e arbítrio, portanto, é um dos mais sérios riscos decorrentes da reinserção da moral no direito. Mas não é, por outro lado, um problema insuperável.

De início, é forçoso perceber que, se por um lado o controle das políticas públicas pelo Judiciário aumenta a possibilidade de subjetivismo do magistrado, por outro a ausência de controle é um convite ao arbítrio dos poderes eleitos. Negar a atuação jurisdicional diante de uma violação a direitos fundamentais pelo Legislativo ou pela Administração, seja por ação ou por omissão, é fechar os olhos à crise do próprio Estado, que deliberadamente desrespeita os direitos que ele próprio reconheceu.

Não se nega, desse modo, que a atribuição de maiores poderes ao juiz pode ser perniciosa. No entanto, deixar de fazê-lo em razão da possibilidade de sua má atuação

(...) é o mesmo que deixar de autorizar a prisão criminal porque há perigo de o juiz aplicar mal essa sanção. O risco da errônea (ou excessiva) aplicação de certo instituto sempre existiu e sempre existirá; tudo depende não da previsão em abstrato de técnicas novas, mas sim da boa ou má formação daqueles responsáveis pela aplicação do Direito. O perigo, pois, da subversão das técnicas inovadoras não está em sua previsão (considerada em si mesma), mas nas pessoas a quem se atribui a responsabilidade por aplicá-las.¹⁸⁰

O argumento da possibilidade de arbitrariedade judicial é devido, pois, a uma visão parcial do problema. Em primeiro lugar, porque ignora (ou esconde) que a ausência de controle dos atos políticos permite ao Legislativo e à Administração agir arbitrariamente, contra o ordenamento e contra a vontade popular que eles teoricamente representam. Em segundo lugar, porque ignora que a decisão judicial legítima tem limites bem estabelecidos, conforme visto no item precedente. Embora esses limites não tenham contornos tão bem definidos quanto o princípio da legalidade, eles são reais e eficazes. Não são um simples mito jurídico, como a legalidade em sentido formal se mostrou.

Para averiguar se tais limites são de fato respeitados nas decisões judiciais, é necessário avaliar sua aplicação prática. Se o controle judicial das políticas públicas é uma realidade concreta que exige sistematização teórica, então cumpre averiguar se tais decisões respeitam, concretamente, o princípio democrático. Afinal, em sendo o direito um fenômeno cultural, o modo como os tribunais o concebem e o produzem pode ser considerado a única fonte legítima para sua aprendizagem.¹⁸¹

Uma pesquisa empírica com esse objetivo foi empreendida nos Estados Unidos por Frederick Schauer.¹⁸² Ao analisar a agenda política do país e a agenda de questões decididas pela Suprema Corte ao longo do tempo, o Professor da Universidade de Virginia concluiu que o protagonismo político do

¹⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 34.

¹⁸¹ SILVA, Ovídio Baptista da. A "Plenitude de Defesa" no Processo civil. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 163.

¹⁸² SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*. Harvard Law Review, v. 120:4, p. 4-64.

Judiciário é, na realidade, muito menor do que aquele que se costuma atribuir a esse Poder.

Ilustrativamente, em 2005, de 13 temas considerados notáveis pelos americanos, apenas dois foram decididos pela Suprema Corte – ainda assim indiretamente. O tema mais preocupante para a maioria da população, segundo pesquisa de opinião, era a guerra no Iraque. A única decisão da Corte que poderia ser relacionada a esse tema examinou a legalidade da prisão de Guantãmo e a validade do processo penal contra as pessoas lá encarceradas. O outro tema decidido pelo Judiciário que se destacava entre as preocupações dos entrevistados era a criminalidade. Não há, entretanto, qualquer decisão da Suprema Corte determinando diretamente a adoção de políticas públicas sobre qualquer dessas matérias.¹⁸³

Esse é um padrão que se repete ao longo dos anos, mesmo durante as Cortes Burger e Warren – esta, famosa pela postura ativista.¹⁸⁴ Com efeito, a última vez em que ambas as agendas coincidiram foi durante o New Deal, quando a Suprema Corte foi chamada a decidir a legalidade da política estatal de intervenção na economia após a crise de 1929.¹⁸⁵

Essas conclusões são surpreendentes, principalmente quando se tem em conta que no sistema anglo-americano sempre se atribuiu abertamente

¹⁸³ SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*, in *Harvard Law Review*, v. 120:4, p. 24-32.

¹⁸⁴ “Going back in time, and using the obvious starting point of race, a striking feature of the historical comparison of agendas is that race relations were not very much on the public's mind — at least comparatively — prior to *Brown v. Board of Education*.¹¹⁸ On March 17, 1954, for example, exactly two months before *Brown* was decided, but fifteen months after the first Supreme Court argument and three months after reargument, issues of race and civil rights were mentioned by only 2% of Americans as most important, compared to 57% for peace, 17% for the atom bomb, 16% for Asia/Korea/Indochina, 16% for depression/inflation/recession, 9% for war/Russia, 6% for taxes, and 5% for cost of living/low wages, with various others ranked behind cost of living but ahead of race and civil rights.¹¹⁹ These numbers are consistent with the extent of media attention: for all of 1954 prior to May 17, headlines and stories in the *New York Times* on issues of race — whether in schools or otherwise — were close to nonexistent. ¹²⁰ Setting aside the question of post-*Brown* salience and the degree to which post-*Brown* increases in salience were caused by the Court's decision, the data illuminate how low race was in salience in the months and years leading up to *Brown*”. SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*, in *Harvard Law Review*, v. 120:4, p. 36.

¹⁸⁵ SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*, in *Harvard Law Review*, v. 120:4, p. 42-44.

à Jurisdição um papel político. Muito disso se deve ao sistema precedentalista. Com efeito, diversas questões consideradas de relevância política atualmente são vinculadas por precedentes julgados no passado. Por exemplo, um precedente formado durante a guerra do Vietnã pauta eventuais decisões sobre a guerra do Iraque. Além disso, a Corte não costuma decidir *quais* políticas públicas devem ser adotadas pelo Estado, mas *como* o governo pode implementá-las sem violar direitos constitucionais.¹⁸⁶

Quando se deixa de focar no que a Corte decide e se atém aos temas que ela *não* decide, observa-se que o Judiciário mantém certa distância dos temas considerados politicamente salientes pela população. Em termos pragmáticos, as opções políticas centrais sobre esses temas são deixadas para os poderes representativos. É de se questionar, portanto, a ideia de que o controle das decisões políticas pelo Judiciário necessariamente ensejará uma ditadura judicial. Empiricamente, embora ele decida questões juridicamente relevantes, as matérias consideradas prioritárias pela população em geral continuam a cargo do Legislativo e Executivo.

Se esse é o panorama nos Estados Unidos, onde o protagonismo judicial é reconhecido desde o julgamento do caso *Marbury vs Madison* em 1803, no Brasil, onde ainda predomina o modelo de juiz silogista, a tendência é que não haja hipertrofia do controle jurisdicional. Ao contrário, a maior dificuldade para o efetivo controle das políticas públicas mediante ações coletivas parece ser justamente o apego ao modelo liberal-individualista de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem um histórico bem definido de deferência aos demais poderes. Apenas recentemente essa característica tem dado lugar a um entendimento mais comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais. Atualmente, parece ser mais correto falar-se em autocontenção do que em deferência: o Judiciário assume seu papel de fiscalizador dos elaboradores e criadores de políticas públicas, mas

¹⁸⁶ SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*, in Harvard Law Review, v. 120:4, p. 46.

reconhece limites à própria atividade. Exemplo claro disso foi a guinada interpretativa ocorrida no STF quanto à eficácia do Mandado de Injunção. Após quase vinte anos sustentando que não compete ao Judiciário regular a situação jurídica do impetrante, mas tão-somente declarar a mora do Legislativo, em 2007 a Suprema Corte reviu sua posição, para avocar-se o poder-dever de formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.¹⁸⁷

O caso, que tratava do direito de greve dos servidores públicos, evidenciava “a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina”.¹⁸⁸ De fato, a mera comunicação ao Legislativo para cientificá-lo de sua mora era solução que, conquanto reconhecesse a violação ao um direito, não removia seus efeitos. Para solucionar a omissão legislativa no caso concreto, entendeu o Tribunal Constitucional pela aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada.

Esse precedente demonstra com bastante clareza que o debate processual se desenvolveu a partir de argumentos jurídicos, e não políticos. A decisão resultante, por sua vez, conseguiu suprir a omissão legislativa sem necessariamente inovar no ordenamento. Respeitou-se, na medida do possível, a regulamentação legislativa para situação análoga.

A tendência do STF à autocontenção pode ser observada também no seu entendimento acerca de políticas públicas sobre educação básica. Constitui jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. Ou seja, a educação infantil, por qualificar-

¹⁸⁷ MI 721/DF, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1216.

se como direito fundamental de toda criança, não se expõe a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Por isso, a Corte admite que o Poder Judiciário determine a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que isso represente ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.¹⁸⁹

Embora reconheça o dever estatal de concretizar o direito fundamental à educação infantil – o que inclui a obrigação de propiciar meios que viabilizem seu exercício, como a disponibilização de transporte escolar aos alunos¹⁹⁰ –, o Supremo não utiliza essa obrigação como expediente para tomar as rédeas da política nacional de educação. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 1698, o Tribunal assentou que, mesmo diante de um quadro gravíssimo de analfabetismo no Brasil, a existência de diversos programas de alfabetização, com resultados consistentes no período de uma década, comprova a execução de uma política satisfatória pelo

¹⁸⁹ Ilustrativamente, pode-se citar os seguintes julgados:

RE 464143 AgR, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164;

RE 594018 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360 RTJ VOL-00211- PP-00564;

RE 595595 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-09 PP-01651 RTJ VOL-00210-02 PP-00940 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 296-300;

¹⁹⁰ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 603575 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152)

Executivo. Não haveria motivo, assim, para a intervenção judicial na elaboração ou execução de políticas de combate ao analfabetismo.¹⁹¹

Em outra matéria recorrente em tema de controle políticas públicas, qual seja, a determinação judicial para que o Estado forneça medicamento, o STF tem distinguido três situações: 1) aquela em que a não prestação decorre de uma omissão legislativa, hipótese em que o julgador pode determinar o fornecimento do remédio; 2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la – caso em que incumbe ao magistrado analisar a legalidade da decisão; ou 3) de uma vedação legal à sua dispensação. Neste caso, há que se verificar se a dispensa decorre da inexistência de evidências científicas da eficiência do tratamento e se o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece tratamento alternativo. Em regra, deve-se privilegiar o tratamento oferecido pelo SUS, salvo se comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente.¹⁹²

Esses exemplos indicam que no Brasil, assim como nos Estados Unidos, o arbítrio judicial não é a regra quando se trata de verificar a juridicidade da elaboração e execução de políticas públicas. O Supremo Tribunal Federal tem apresentado decisões motivadas com razões

¹⁹¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente”. (ADI 1698, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-02 PP-00693 RSJADV mai., 2010, p. 32-38)

¹⁹² “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

universalizáveis, conseqüentes e coerentes com o ordenamento e com a atividade dialética das partes.

Cumpra notar ainda que, cada vez mais, determinados aspectos referentes à implementação e à própria elaboração de políticas públicas são intencionalmente deixadas pelos poderes representativos a cargo do Judiciário. A utilização crescente de cláusulas abertas e conceitos indeterminados nos textos legais são um forte indicativo dessa tendência.

Incontestável, todavia, é a postura dos próprios integrantes do Legislativo e do Executivo ao reconhecer a competência do Judiciário para decidir aspectos jurídicos de políticas públicas. Dois fatos recentes e de grande repercussão são especialmente ilustrativos: a) Antes ainda da promulgação da Lei Complementar n. 135 ("Lei da Ficha Limpa"), seu relator, Deputado José Eduardo Cardozo, defendia ser atribuição do poder jurisdicional, e não do Legislativo, definir questões como a anterioridade e retroatividade da lei;¹⁹³ b) quando da campanha presidencial de 2010, o ex-Governador de São Paulo, candidato José Serra, embora se posicionasse contrário ao casamento homossexual, atribuía ao Judiciário a tarefa de reconhecer e concretizar os direitos decorrentes da união homoafetiva, mesmo que tal entidade familiar jamais tenha sido reconhecida expressamente em lei.¹⁹⁴

¹⁹³ "No entendimento jurídico do deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP), as regras do Ficha Limpa já podem ser aplicadas nas eleições deste ano. "Sou da corrente de juristas que defende a aplicabilidade imediata da lei, não porque fui o relator da matéria, mas porque não se trata de mudanças no processo eleitoral", afirmou Cardozo. Ele disse que a Constituição só fixa a aplicabilidade em um ano anterior às eleições para leis que mudam as regras. "No caso específico do Ficha Limpa, não há inconstitucionalidade porque estamos definindo apenas os casos de inelegibilidade, fixando regras e requisitos para quem pode ou não se candidatar. Em momento algum a lei trata do processo eleitoral em si", argumentou o deputado.

Cardozo acrescenta que qualquer dúvida que ainda houver será decidida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). "Mas pela moralização do processo eleitoral e pelo bem do Brasil, espero que as novas regras tenham eficácia imediata, que já sejam aplicadas nestas eleições", afirmou José Eduardo Cardozo". Fonte: <<http://www.joseeduardocardozo.com.br/capa_integra.asp?cd=220>>. Acesso em 02/11/2010.

¹⁹⁴ "Acho que a questão do casamento propriamente dito está ligada às igrejas. A união em torno dos direitos civis já existe, inclusive, na prática, no Judiciário. Eu sou a favor do efeito do direito. Outra coisa é o casamento, que tem o componente religioso. Cabe a igreja decidir sua posição". Fonte: <<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/814522-serra-diz-que-e-a-favor-da-uniao-civil-homossexual-mas-casamento-e-com-as-igrejas.shtml>>>. Acesso em 02/11/2010.

É inegável que a ampliação das hipóteses de inelegibilidade e o reconhecimento da união homoafetiva são temas que exigem uma decisão política. Quando membros dos poderes eleitos atribuem a resolução dos aspectos jurídicos de tais temas ao Judiciário, não se pode falar que este Poder esteja se sobrepondo aos demais. Trata-se, antes, do reconhecimento de que a função jurisdicional é em si mesma política. Negar esse fato, para além de não evitar que políticas públicas sejam questionadas no Judiciário, impede que se estabeleçam os limites dessa atuação.

O controle de políticas públicas pelo poder jurisdicional não é, em si mesmo, um atentado à separação dos poderes. Seu grande drama reside no fato de que tanto sua existência quanto sua inexistência representam grande perigo para a democracia. Atualmente, esse mister tem sido exercido, em grande medida, dentro de limites razoáveis de autocontenção. Mas uma delimitação satisfatória da atividade jurisdicional em tema de políticas públicas só será possível com a definição de seus aspectos processuais.

2.7 Conclusão

A função jurisdicional exerce um poder inegavelmente político, na medida em que tem como matéria-prima os valores constitucionais. De fato, embora direito e ética tenham fronteiras delineáveis, seu inapartável núcleo comum impede a existência de um direito imoral.¹⁹⁵ O princípio da legalidade em sentido formal, nesse aspecto, não afasta o dever de conformar a lei aos valores constitucionais, dotando-a de significado. Dessarte, abre-se a via jurisdicional para que se controle as escolhas dos poderes eleitos.

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. In RePro, n. 126, São Paulo, RT, ago. 2005, p. 67.

A descentralização da tomada de decisão reaproxima minorias politicamente fracas do debate político. A atuação do juiz, contudo, está restrita à concretização dos direitos das partes. Não pode ele, em princípio, criar ou implementar política pública com base em critérios extra-jurídicos, como a aprovação popular ou a maior eficiência técnica.¹⁹⁶

Tal atuação é legitimada por uma representação discursiva, calcada na imparcialidade, no contraditório substancial e no dever de motivação – princípios que apenas o processo jurisdicional é capaz de garantir.¹⁹⁷ Tais elementos legitimam o processo decisório, enquanto a decisão em si é legitimada por sua coerência com os valores constitucionais.

A objeção de que a judicialização da política aumenta o risco de arbítrio, finalmente, não obsta o protagonismo judicial, na medida em que ignora que a ausência de controle dos poderes eleitos é em si mesma um convite ao arbítrio.¹⁹⁸ Ademais, pragmaticamente, tem-se observado o exercício de tal mister mediante decisões motivadas com razões universalizáveis, conseqüentes e coerentes tanto com o ordenamento quanto com os debates processuais. Nada há, portanto, seja no plano jurídico, seja no plano político, que impeça o controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário.

¹⁹⁶ “Os juízes, muitas das vezes, vão de encontro à vontade majoritária para conservar os valores supremos, além de proteger as minorias marginalizadas. Nem sempre a legitimidade das urnas pressupõe a tomada de decisões mais acertadas para o bom desenvolvimento das sociedades democráticas”. SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 113.

¹⁹⁷ Com efeito, a despeito de inexistirem definições para além do espaço e do tempo, pode-se falar que a essência da atividade jurisdicional reside justamente nas garantias de imparcialidade e de contraditório (*right to be heard*). De acordo com Mauro Cappelletti, esses dois elementos levam a corolários diversos em cada ordenamento, mas parecem manter sua validade como regras de “justiça natural” ainda hoje. CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report)*. In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law Prepared at the Request of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 663-773.

¹⁹⁸ “A carência de limites para o poder econômico e para o poder político equivalem a tantas outras formas de absolutismo perigosamente convergentes que contradizem o paradigma do Estado constitucional de Direito, provocando uma regressão pré-moderna à lei do mais forte”. FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (org.). *Corrupción y Estado de Derecho – El Papel de la Jurisdicción*. Madri: Trotta, 1995, p. 21-22, apud SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 122.

3 PROCESSO COLETIVO E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

3.1 Objeto do Controle

A Constituição da República, ao juridicizar valores, insere no Direito um conteúdo axiológico de cumprimento obrigatório, dada a força normativa de suas normas. Existe, portanto, um dever jurídico, oponível tanto aos particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) quanto ao Poder Público (eficácia vertical dos direitos fundamentais)¹⁹⁹ de adoção das condutas adequadas e indispensáveis à promoção dos princípios constitucionais.²⁰⁰

Como a concretização de alguns direitos fundamentais necessita da mediação do Estado, faz-se necessária a elaboração de políticas públicas, entendidas como ações ou programas de ação tendentes à realização dos direitos fundamentais.²⁰¹ Embora a Constituição não estabeleça os comportamentos necessários para a promoção de tais direitos, o Poder Público não detém completa discricionariedade na construção desses programas. Como a Constituição estabelece diversos princípios, o agir estatal deve respeitá-los conjuntamente, promovendo-os todos na medida do possível. Desse modo,

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 78.

²⁰⁰ “A Constituição brasileira instituiu vários princípios. Um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal. Embora não descreva quais comportamentos dever ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas adequadas e necessárias à sua promoção”. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 163, set. 2008, p. 51.

²⁰¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 389.

Como o Estado deve realizar uma pluralidade de princípios, deve fazê-lo adotando comportamentos que produzam efeitos que mais os promovam do que os restrinjam. Por isso, o Estado não pode, a pretexto de promover, em determinado grau, a realização de um fim, escolher um comportamento que cause uma restrição, em maior medida, à realização de outro fim, ou de outros fins. O dever de proporcionalidade decorre, por conseguinte, da própria positividade de um conjunto de princípios, a ser mais promovido do que restringido. Assim, o dever de proporcionalidade não é *independente*, quanto ao fundamento, do conjunto de princípios, mas *decorrente* de sua proteção.²⁰²

A escolha em priorizar a concretização de determinado princípio é, com efeito, uma decisão política. Entretanto, não obstante os princípios constitucionais se limitem reciprocamente, não pode o Estado promover um deles em total desconsideração a outro. A decisão do Poder Público, desse modo, para além de respeitar o princípio da *proporcionalidade* – o que implica buscar a máxima efetividade dos valores constitucionais, de modo a mais promovê-los do que restringi-los –, deve guardar respeito também ao princípio da *razoabilidade* – ou seja, a diferenciação entre duas situações só é admitida se o critério da desequiparação guardar pertinência com a finalidade buscada.²⁰³

A elaboração e execução de políticas públicas devem obedecer, portanto, a esses dois princípios norteadores, que são verdadeiras decorrências lógicas do ordenamento jurídico: a) a proporcionalidade impõe que a promoção de um princípio constitucional não anule outro princípio de igual hierarquia; b) a razoabilidade impõe que a priorização de um princípio frente a outro (não o anulando, mas o restringindo) deve ser justificada pela finalidade da diferenciação.²⁰⁴

²⁰² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 163, set. 2008, p. 52.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 163, set. 2008, p. 52-53.

²⁰⁴ O juízo de proporcionalidade é um instrumento utilizado para gerenciar conflitos entre princípios, razão pela qual incide na ponderação de uma relação de causalidade entre meio e fim: na consecução de uma finalidade, não se pode violar direitos desproporcionalmente. O princípio da razoabilidade, por sua vez, tem o condão de evitar os excessos do formalismo, de modo que serve como técnica de concretização do princípio da igualdade: entre o critério distintivo e a medida discriminatória, há que haver uma relação de congruência, a qual veicula um juízo de razoabilidade. Sobre o tema, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 140-143.

A compreensão dessa dinâmica permite estabelecer o objeto sobre o qual recairá o juízo numa ação coletiva que questiona decisões políticas. É certo que “controlar as decisões do Poder Público nesse particular significará, e.g., concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas”.²⁰⁵

Conquanto esse tema seja mais afeito ao direito constitucional que ao direito processual, seu estudo é justificado pela influência que exerce na atividade probatória e argumentativa das partes. Impossível, portanto, manter uma rígida separação entre os dois campos do saber. É necessário, assim, estabelecer parâmetros de definição das políticas públicas prioritárias.

3.1.1 Definição das políticas públicas prioritárias: o mínimo existencial e a reserva do possível

A definição das políticas públicas prioritárias pode ser extraída, em grande medida, do próprio texto constitucional. O constituinte já elegeu algumas áreas consideradas preferenciais, excluindo-as assim da disponibilidade dos poderes eleitos. Diversas regras impõem a aplicação de recursos mínimos em áreas como saúde,²⁰⁶ educação²⁰⁷ e seguridade

²⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 98, abr./jun. 2005.

²⁰⁶ Art. 198, § 2º, da Constituição: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

²⁰⁷ Art. 212 da Constituição: A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

social.²⁰⁸ Outras regras determinam, ainda, a priorização de sujeitos em especial situação de vulnerabilidade, como as crianças e os adolescentes.²⁰⁹ Não existe, em tais casos, escolha política quanto à necessidade de promoção de tais direitos (conquanto exista quanto ao modo de promovê-los). Trata-se de regras jurídicas objetivas, cujo cumprimento se impõe independentemente de qualquer juízo de oportunidade ou conveniência.

A prévia definição das áreas prioritárias, contudo, não é a hipótese mais comum. Deveras, o estabelecimento de programas de ação governamental deve levar em conta as necessidades de cada região. Isso implica considerar o contexto social, econômico, geográfico, político e cultural das áreas em que determinada política pública será promovida. Esses contextos são mutáveis no tempo. Não se pode afirmar descontextualizadamente, por exemplo, que a integração nacional é preferencial sobre a higidez do meio-ambiente. Embora ambos sejam valores constitucionais, há casos em que um deles justificadamente prevalecerá sobre o outro.

Exemplo desse tipo de conflito socioambiental envolve a polêmica acerca da Estrada do Colono, que corta o Parque Nacional do Iguaçu – área de preservação ambiental permanente criada em 1939 e declarada Patrimônio

²⁰⁸ Art. 195 da Constituição: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;
II - dos trabalhadores;

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

²⁰⁹ Art. 227 da Constituição: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Natural da Humanidade pela UNESCO em 1986. A estrada, aberta pelo governo do Paraná na década de 1950, era na época o único meio viável para a circulação de pessoas e mercadorias. Com o passar do tempo, diversas rodovias integraram a região. Por tal razão, esse caminho, de única alternativa para a sobrevivência das populações locais, tornou-se uma injustificada afronta à preservação do meio ambiente. Eis o motivo pelo qual desde 1986 a Estrada do Colono está fechada, por força de liminar proferida em Ação Civil Pública.²¹⁰

A exigência de contextualização das necessidades sociais impede, portanto, a prévia positivação das políticas públicas prioritárias. Disso decorre a necessidade de construção dogmática de critérios para definição de prioridades. Daí a teoria que, partindo do direito fundamental à dignidade, afirma que o Poder Público está obrigado a criar condições mínimas para a concretização da dignidade humana. Essa é a ideia que informa o conceito de mínimo existencial.²¹¹

A dificuldade, porém, parece mais contornada do que superada com a remissão ao dever estatal de assegurar um mínimo existencial. Afinal, há que se indagar “quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais estipulados na Constituição”.²¹² Quais são, em outras palavras, as condições mínimas necessárias para a manutenção de uma vida digna?

Ingo Wolfgang Sarlet busca o conteúdo jurídico do mínimo existencial na prestação de recursos materiais essenciais, como o salário mínimo, a assistência social, a educação, o direito à previdência social e o

²¹⁰ ACP n. 00.00.086.736-5, ainda em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

²¹¹ “A Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’.” KRELL, Andreas. *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. 61.

²¹² GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006, p. 390.

direito à saúde.²¹³ Ana Paula de Barcellos, por sua vez, enfatiza os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social e ao acesso à Justiça.²¹⁴ Trata-se, portanto, de uma visão mais limitada que a anterior no que diz respeito à educação e à saúde, porém mais ampla ao incluir o direito de acesso à Justiça. Eduardo Cambi enumera, exemplificativamente, a saúde básica, educação fundamental, assistência social e jurídica aos pobres, além do salário mínimo.²¹⁵ Nenhuma dessas construções, contudo, pretende esgotar o conceito, pois reconhecem que, por ser dotado de historicidade, ele varia de acordo com o contexto social.²¹⁶

É desnecessário fazer um apanhado exaustivo de todas as concepções acerca de mínimo existencial para perceber que, por repousar sobre um direito tão amplo como o direito à dignidade,²¹⁷ seu conteúdo é indefinível. Se compreendido como o “núcleo essencial da dignidade humana”, o mínimo existencial pouca utilidade terá como parâmetro para orientar a definição de políticas públicas prioritárias. Afinal, ficará sempre aberta a questão sobre o que é esse núcleo essencial e o que o extrapola.²¹⁸

Convém observar, nesse contexto, que todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, independentemente de algumas apresentarem caráter programático. Todas elas remetem, de alguma forma, à

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

²¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 394.

²¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1989, p. 33.

²¹⁷ Luís Roberto Barroso chega a negar qualquer utilidade jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto tratar-se de uma locução de amplitude quase metafísica. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

²¹⁸ “O mínimo existencial apresenta-se muito mais como uma ideia conceitual ou um *topos* argumentativo que como uma regra concreta que assegure a intervenção do Poder Judiciário e a adequada efetivação de determinadas políticas públicas. Por mais esforço que se faça, por mais próximo que se chegue, é impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial”. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 154.

dignidade da pessoa humana. Devem, portanto, ser observadas pelo Poder Público, na medida do possível. Isso significa que o Estado deve estabelecer planos de ação para promover *todos* os direitos fundamentais. Qualquer exceção configura violação de uma norma constitucional.

Ou seja, o mínimo existencial deve ser compreendido como o princípio que impõe o agir estatal no sentido de gradualmente assegurar as condições mínimas para a concretização dos direitos fundamentais. Ele não obriga o Estado a satisfazer os direitos fundamentais diretamente, mas a estabelecer planos de ação que promovam esses direitos, seja concretizando-os em colaboração com a iniciativa privada (um exemplo é o programa ProUni, do Governo Federal), seja estimulando a economia para que a coletividade tenha condições de realizá-los através do próprio mercado.

Os tipos concretos de ação que esse mandamento impõe somente podem ser considerados no caso concreto, em consideração ao contexto social, cultural, econômico e geopolítico, além da própria filosofia política do governante.²¹⁹ São essas variáveis que determinam seja a decisão do Poder Público pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em outras palavras, como a priorização de um direito fundamental sobre outro depende de considerações de ordem concreta, assoma a importância de se aferir a legalidade da escolha do Poder Público. *A preferência por um programa de ação em detrimento de outro deve ser justificável diante do caso concreto e não pode inviabilizar o exercício de outros direitos fundamentais.*

²¹⁹ “Vê-se claramente que o mínimo existencial acaba por se relativizar em função do contexto sócio-econômico, político e até mesmo cultural. O que ofende a dignidade humana? O mínimo existencial que podemos inferir das circunstâncias políticas e sociais do Brasil é completamente diferente do mínimo existencial que se poderia exigir na Etiópia ou na Inglaterra, por exemplo. Enquanto, na Inglaterra, o sistema educacional discute o número máximo de alunos por sala de aula, no Brasil, estamos às voltas com a inclusão de todas as crianças nas escolas e com a existência de instalações mínimas, capazes de abrigar alunos e professores das intempéries”. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 154.

O caráter gradual de promoção desses direitos decorre justamente do dever estatal de promover todos eles simultaneamente. Não fosse a escassez de recursos, não haveria que se falar em mínimo existencial. O dever do Estado de promover os direitos fundamentais alcançaria níveis totais. Nesse sentido, o mínimo existencial conecta-se intimamente com a cláusula da reserva do possível. Ambos estão intrinsecamente ligados à proporcionalidade e à razoabilidade da decisão do Poder Público.²²⁰ Nesse sentido,

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.²²¹

Note-se que a reserva do possível somente tem incidência quando: a) não se puder priorizar o direito alegado pela coletividade em detrimento do direito escolhido pelo Estado, e; b) a Fazenda Pública comprovar a inexistência de recursos para tanto.²²² Em outras palavras, ainda que um Município alegue e comprove não ter disponibilidade financeira para, por exemplo, fornecer serviço público de transporte escolar, é lícito ao Judiciário

²²⁰ De acordo com Luís Fernando Sgarbossa, “em sua fonte imediata, qual seja, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, calcada nos precedentes do *numerus clausus* I e II e na *Hochschul-Urteil*, a reserva do possível é expressamente concebida como o limite imposto pela razoabilidade, como *aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade*, fórmula esta presente literalmente naqueles precedentes e repetida na doutrina germânica pelos mais variados autores, como Robert Alexy e Konrad Hesse (...)”. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, V. 1 – Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 215.

²²¹ STF, ADPF n. 45/DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ 24/10/2003.

²²² “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações efetivas dele reclamadas”. STF, ADPF n. 45/DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ 24/10/2003.

rever a que áreas foram destinados recursos. Verificando-se haver dotação para reforma voluptuária do Paço Municipal, deve-se promover à realocação das despesas para as áreas prioritárias, que tocam diretamente direitos fundamentais.²²³

Percebe-se, assim, que a inelutável maleabilidade que permeia a questão reflete-se no estabelecimento de parâmetros para o controle jurisdicional da formulação de políticas públicas. Como não é possível definir abstratamente quais políticas são prioritárias frente a outras, o processo coletivo ganha relevo como instrumento de diálogo com o Poder Público. Afinal, a complexidade emergente da interação entre os diversos direitos constitucionais faz com que a decisão política muitas vezes seja fruto de uma visão parcial da questão. A própria postura do Estado poderia ter sido diferente caso tivesse atentado anteriormente para os argumentos esposados pela coletividade.

O mínimo existencial, cujos limites são dados pela reserva do possível, é, portanto, um critério que, embora amplo, ajuda, no caso concreto, a identificar parâmetros para definição das políticas públicas prioritárias. Ele estabelece ao Poder Público o dever de gradual promoção de todos os direitos fundamentais na medida do possível.²²⁴ Determina, ainda, que a priorização de determinada política pública seja justificada pelo contexto social, econômico, cultural e geopolítico da região alvo do programa de ação.

²²³ Segundo Luís Fernando Sgarbossa, “as escolhas alocativas de recursos revestem-se de nítido caráter político, eis que os recursos podem ou poderiam ser alocados de diferentes maneiras no caso concreto, segundo as prioridades definidas pelos órgãos com atribuição legal para tanto”. Nesse caso, “é perfeitamente possível a reversão da decisão alocativa, em virtude da existência real dos recursos. Aqui o princípio da realidade não se impõe definitivamente como parece fazer, em princípio, na escassez real”. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, V. 1 – Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 221-222.

²²⁴ “Como não existe uma *hierarquia* de direitos fundamentais e um escalonamento das disposições constitucionais comprometeria o princípio da *unidade* da Constituição, a reserva do possível não tem como consequência a ineficácia de um direito fundamental, podendo simplesmente exigir a necessidade de ponderação de um direito individual frente à coletividade”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 443.

Como a análise do mínimo existencial remete o aplicador do direito ao contexto do caso concreto, faz-se necessário o controle dos meios estipulados e dos resultados esperados. Afinal, se o maior investimento em publicidade do que em saneamento não pode ser, *a priori*, tido por ilegal, é a partir do controle dos meios e dos fins que se chegará a essa resposta.

3.1.2 Controle dos meios e controle dos resultados

Ainda que a Constituição estabeleça alguns direitos absolutamente prioritários, a normatividade dos direitos fundamentais exige que todos eles sejam promovidos simultaneamente. Disso decorre que o conteúdo jurídico do mínimo existencial e a conseqüente priorização de determinado direito fundamental sobre outro somente podem ser definidos concretamente, a partir de uma análise de razoabilidade e proporcionalidade incidente sobre os meios e resultados da decisão política. Essa análise é essencial para que se possa concluir se o Estado está gradualmente promovendo a satisfação mínima dos direitos fundamentais ou não.

Ana Paula de Barcellos alude à existência de normas definidoras de resultados. Na área da educação, por exemplo, o artigo 208, I, da Constituição, determina que o Poder Público promova a universalização do ensino fundamental gratuito. Obviamente, isso não implica o abandono dos ensinos médio e superior, mas a priorização do acesso universal à educação fundamental. Apenas depois de cumprida satisfatoriamente essa meta poder-se-á destinar a maior parte dos recursos orçamentários à progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208, II, da Constituição).²²⁵

²²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 100-101, abr./jun. 2005.

O mesmo critério pode ser aplicado às hipóteses de universalização de acesso a serviços básicos, como energia elétrica, saneamento e telefonia, setores em que há legislação infraconstitucional definindo o cumprimento de metas.

Há, portanto, diretrizes positivadas que permitem à coletividade aferir se os direitos fundamentais estão sendo cumpridos numa medida compatível com o mínimo existencial. Mas seria ingenuidade pensar que o texto constitucional conseguiria prever os resultados esperados para toda e qualquer política estatal. Daí a possibilidade de o próprio Judiciário estabelecer resultados a serem atingidos pelo Poder Público dentro de um prazo razoável. É nesse sentido a proposta de Nagibe de Melo Jorge Neto, para quem

Uma medida bastante efetiva, a despeito de sua singeleza, seria a imposição de um plano de ação. Verificada a existência de ofensa aos direitos fundamentais e antes de proferida a sentença, o julgador poderia determinar à pessoa jurídica ré que apresente, em prazo razoável a ser por ele estipulado, um programa ou plano de ação para o atingimento de um determinado objetivo que venha a suprimir a ofensa ao direito fundamental violado.

A partir da apresentação do plano de ação, em função do qual o poder público responsável pela política pública apresentaria suas opções e possibilidade para o cumprimento da ordem judicial, o julgador poderia também designar uma audiência, em que as partes discutiriam o plano de ação proposto pelo poder público. Por fim, a partir do plano de ação apresentado, da manifestação dos autores e das discussões e razões apresentadas na audiência, o julgador decidiria de que modo as políticas públicas deveriam ser alteradas ou conformadas.²²⁶

Para chegar à definição dos resultados esperados e do prazo adequado para tanto, é fundamental equilibrar os vários direitos fundamentais em jogo e a capacidade financeira do Estado. Nesse sentido, afiguram-se precipitadas decisões que, a pretexto de concretizar o direito fundamental à dignidade dos presos, determinam a soltura de carceragens inteiras sem antes

²²⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 156.

possibilitar ao Poder Público o progressivo aumento de vagas no sistema penitenciário e a gradual remoção dos reclusos. Nesse contexto, tais decisões não atentam para o fato de que, paralelamente ao direito individual de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, há um direito transindividual à segurança, mencionado já no *caput* do artigo 5º da Constituição. A soltura de presos que não têm direito à liberdade provisória ou à progressão de regime sem que antes se busque reformar a política carcerária não parece ser a solução mais consentânea com a Constituição.

Na mesma situação enquadram-se decisões que, a pretexto de promover a moralidade administrativa, determinam a imediata demissão de todos os servidores irregularmente terceirizados por hospital público. Antes de determinar essa medida, é essencial que se determine um prazo para que a instituição realize concurso público, possibilitando assim a continuidade de suas atividades, cuja relevância social não se discute.

Fundamental também é o controle dos meios utilizados pela Administração para atingir os fins propostos. Embora a discricionariedade de meios seja uma das mais importantes formas de exercício do poder político, ela não é insindicável. O conteúdo de uma política pública não é definido somente pelo resultado esperado com sua execução, mas também com os meios utilizados para o atingimento de determinado fim.²²⁷ Essa correlação se abre a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, que permite à coletividade contribuir para o aprimoramento da política pública.

Ao legislador é impossível prever todas as situações e vicissitudes que ocorrem no desenrolar da vida. Por isso, nem toda conduta da Administração Pública é vinculada. Outorga-se ao administrador certo espaço de liberdade, uma margem de atuação informada pelos critérios de oportunidade e conveniência, para que o ato administrativo possa atingir a

²²⁷ “A execução das políticas públicas depende da prática de atos administrativos. Sempre que os formuladores de políticas públicas especificam os vários critérios conflitantes que pretendem aplicar à execução de uma política, o processo decisório recai nas mãos da Administração Pública. Não há, portanto, uma separação estanque entre formulação e execução de políticas públicas, já que os insucessos da execução servirão como elementos para a formulação das políticas futuras”. APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 167.

finalidade pública.²²⁸ Evidentemente, portanto, não se pode afirmar que todas as prestações devidas pelo Estado podem ser estabelecidas pelo Judiciário, sob pena de se esvaziar o espaço de escolha política.

Isso não significa, por outro lado, que não haja um conjunto de prestações mínimas devidas pelo Estado.²²⁹ Para determinar se esse dever mínimo está sendo cumprido, é possível avaliar se os meios escolhidos pelo Poder Público são compatíveis com a finalidade pública por ele buscada e, além disso, se eles não restringem desarrazoadamente outros direitos.

O ato administrativo é composto por cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Nos atos vinculados, todos esses cinco requisitos são previamente definidos em lei, e o ato deve guardar consonância em todos os aspectos com a prévia regulação normativa. Já nos atos discricionários, apenas dois desses elementos ficam abertos aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público: motivo e objeto. Os demais requisitos (competência, finalidade e forma) são sempre definidos em lei.²³⁰

Esses dois elementos discricionários compõem o *mérito administrativo*, e devem estar ligados um ao outro por uma causa. *Causa* do ato administrativo, portanto, é a congruência entre motivo e objeto. É nesse âmbito que se trabalham os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por muito tempo se repetiu acriticamente o entendimento segundo o qual não seria dado ao Judiciário controlar o mérito do ato administrativo. O poder discricionário outorgado ao administrador, contudo, não é absoluto. Ele consiste num meio para que se atinja a finalidade pública. É um instrumento de otimização da atuação da Administração Pública, com vistas à consecução de uma finalidade pública.

²²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

²²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 103, abr./jun. 2005.

²³⁰ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 126-127.

O controle dos meios eleitos pela Administração serve para assegurar uma eficácia mínima das prestações por ela devidas. Não se trata, portanto, de julgar entre eficiências maiores ou menores, nem de “substituir a avaliação política da autoridade democraticamente eleita pela do juiz, mas apenas de eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada”.²³¹ Desse modo, caso se comprove que o meio escolhido ofende injustificadamente outros direitos da coletividade, ou ainda “se houver consenso técnico-científico de que o meio escolhido pelo Poder Público é ineficiente, ele será também juridicamente inválido, pois não se poderá considerá-lo um meio legitimamente destinado a realizar o fim constitucional”.²³²

Exemplo dessa natureza seria hipótese de a regulamentação da ANATEL permitir a instalação de antenas de estação rádio-base para telefonia celular em frequência e distância que comprovadamente afetam o funcionamento de equipamentos hospitalares. Essa é uma situação em que a finalidade de universalização do acesso às telecomunicações não se justifica diante de um meio que viola o direito fundamental à saúde. Há, assim, violação ao dever de proporcionalidade entre os fins e os meios do ato administrativo.

Outra hipótese que ajuda a esclarecer o ponto é aquela que fechou o item anterior: nem sempre o investimento em saneamento será prioritário sobre o gasto em publicidade. Basta imaginar o contexto de uma região em que a infraestrutura de saneamento abarca boa parte da população, exigindo quase que apenas as despesas de manutenção. Considere-se, ainda, que essa região passe por uma epidemia de dengue. Nessa situação, o gasto em publicidade – cujo caráter informativo é obrigatório²³³ – para promover campanhas de conscientização parece prioritário sobre novos investimentos em tratamento sanitário. Caso o Poder Público decida, ainda assim, alocar

²³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 105, abr./jun. 2005.

²³² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 107, abr./jun. 2005.

²³³ Art. 37, § 1º, da Constituição - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

mais recursos na modernização da já satisfatória rede de coleta de esgotos, parece ser o caso em que a finalidade pública não atende ao requisito da razoabilidade, sendo assim passível de controle mediante ação coletiva.

Note-se, portanto, que, embora o estabelecimento de fins e a escolha de meios sejam tarefas em princípio reservadas aos Poderes eleitos, elas não são insindicáveis. Se de seu exercício (ou não exercício) decorrer a aniquilação ou injustificada restrição de um direito fundamental, o poder Judiciário estará autorizado a suprir a ineficiência estatal.

3.1.3 Controle da insuficiência

Visto que a eleição das finalidades públicas, o estabelecimento de metas e até mesmo os meios de promoção dos direitos fundamentais podem ser objeto de controle popular mediante o Judiciário, convém analisar em que medida esse Poder está autorizado a interferir nas escolhas do Legislativo e da Administração Pública. Em outras palavras, há que se verificar o quão longe se pode ir na concretização dos direitos fundamentais.²³⁴

Via de regra, como corolário do princípio da força normativa da Constituição, a interpretação das normas constitucionais deve ser aquela que lhes outorga maior eficácia. Todavia,

²³⁴ “(...) o *conteúdo* do direito fundamental ao mínimo existencial possui caráter variável, relativo e particular, devendo ser interpretado como um conceito flexível, por versar sobre *problemas quantitativos* (v.g., quantos meios de subsistência, quanta instrução, saúde, segurança ou assistência judiciária, quanto trabalho, que moradia?). Não merece ser rigidamente delimitado, mas, ao contrário, deve desenvolver-se em uma perspectiva aberta e casuística”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 398.

Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *harmonização* –, em face disso, impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição.²³⁵

No contexto de uma ação coletiva para controle de decisões políticas, o limitador fático-jurídico da reserva do possível se faz sempre presente. Logo, a interpretação dos dispositivos constitucionais deve ter em consideração que a destinação de recursos a uma área implica a conseqüente retirada de recursos de outra.

Outra variável a ser observada é o fato de que os Poderes Legislativo e Executivo têm liberdade política para definir os programas de ação que promoverão os direitos fundamentais. O controle judicial só incide nos casos em que há violação aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, nos termos expostos nos itens precedentes. Isso significa que, via de regra, aos Poderes eleitos compete decidir se em determinada região será priorizada uma política de erradicação da pobreza ou de erradicação do preconceito racial. Do mesmo modo, a eles compete estabelecer os meios para consecução dos fins escolhidos.

O objeto da ação coletiva, assim, pode ser compreendido como o *controle da insuficiência* do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais. A revisão judicial das decisões políticas do Poder Público tem lugar quando elas são insuficientes para assegurar eficácia mínima aos direitos reconhecidos pela Constituição. É descabida, pois, uma sentença que determine o incremento de determinada política pública para que o direito em questão seja promovido em seu grau máximo – por exemplo, obrigando o

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118-119.

Estado a fornecer medicamento mais caro e mais moderno quando há alternativas comprovadamente eficazes para o tratamento buscado.

Note-se, por outro lado, que a vinculação do Estado a uma realização suficiente dos direitos fundamentais importará, por vezes, e sobretudo no plano individual – que não constitui o objeto de estudo deste trabalho – o fornecimento de prestações altamente sofisticadas, como o custeio de tratamento médico no exterior. Isso porque casos há em que essa prestação é o *único meio* de garantir satisfatoriamente o direito à vida.²³⁶

A satisfatoriedade varia, portanto, do plano individual ao coletivo. Definir o que é, em essência, uma promoção satisfatória dos direitos fundamentais é uma questão que depende do direito em questão e das especificidades envolvidas em cada caso. Mas é importante ter em conta que é absolutamente legítimo ao Poder Público promover certos direitos fundamentais em seu grau mínimo e outros em maior medida. O que é vedado a esse Poder é a violação de direitos fundamentais – seja pela omissão, seja pela promoção insuficiente, seja ainda pela ausência de proporcionalidade e razoabilidade a ligar os meios e os fins da política pública. Nesse caso, o Poder Judiciário está autorizado a controlar a decisão política questionada, outorgando um conteúdo mínimo ao direito fundamental a ser promovido pelo Estado.

3.2 Legitimação Coletiva e Representação Adequada

A legitimidade do poder jurisdicional para controlar a criação e execução de políticas públicas reside na garantia de que os argumentos dos interessados serão considerados e respondidos. Tal garantia é informada pelos

²³⁶ Sobre o tema, v. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 441 e ss.

princípios da imparcialidade, do contraditório, da demanda e da correlação, bem como do dever de motivação das decisões. Em conjunto, esses princípios impõem um julgamento por uma autoridade eqüidistante, a partir do debate processual, em que se assegura às partes o poder de influir na convicção do julgador e do qual serão extraídos os fundamentos da decisão.

A atividade das partes, portanto, é essencial para determinar a extensão e a qualidade do provimento judicial. Mais que uma garantia, a participação dos afetados pela decisão política determina os limites e a matéria a partir da qual será construída a decisão. Há, pois, interesse público em que o contraditório seja exercido de forma robusta, seja na argumentação, seja na produção de provas.

No processo individual, essa constatação não envolve, em regra, maior problemática. Uma vez que nesse sistema predomina a legitimidade ordinária, em que detém legitimidade aquele que alega figurar na relação jurídica objeto do processo,²³⁷ eventual rejeição da demanda decorrente de conduta processual desidiosa prejudicará somente a própria parte.

No processo coletivo, todavia, parte processual e parte material não coincidem. Por mais que se controverta acerca da natureza da legitimação coletiva, o direito de ação não é exercido diretamente, mas mediante “representação” dos interesses coletivos. Ganha relevo, assim, a qualidade dessa representação e seu controle judicial como corolário do devido processo legal.

Há até pouco tempo, era dominante na doutrina o entendimento de que seria vedado ao magistrado averiguar a adequação do representante nas ações coletivas.²³⁸ Recentemente, diversos estudos questionaram essa

²³⁷ ASSIS, Araken de. Substituição Processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 52.

²³⁸ Representativas dessa corrente são as doutrinas de RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 230-233; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 113-116; NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 1997, p. 1137; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 225-226;

posição, defendendo abertamente o controle judicial da atuação do representante coletivo.²³⁹

Os argumentos contrários ao controle judicial da representação adequada podem ser reunidos sob três ordens: aqueles que apontam para a desnecessidade de tal aferição; aqueles que defendem que tal controle já foi feito pelo legislador; finalmente, aqueles que sustentam o perigo de amesquinamento e restrição do acesso à tutela coletiva. Para compreender os fundamentos do controle judicial da representação adequada, impõe-se antes compreender os argumentos a ele contrários.

3.2.1 Necessidade do controle judicial da representação adequada

Quanto à suposta desnecessidade de controle, é comum afirmar-se que: a) a coisa julgada nas ações coletivas poderia apenas beneficiar os membros do grupo, nunca prejudicá-los; b) o controle pelo juiz seria

THEODORO Jr., Humberto. Legitimidade *ad causam* na ação coletiva de direitos do consumidor. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 120; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 802-806; GIDI, Antonio. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: UNAM, 2004, p. 74.

²³⁹ Pioneiro na defesa de um regramento flexível, que outorgasse ao juiz certa margem para julgar caso a caso a conduta do legitimado coletivo, foi BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 36. Essa posição foi seguida posteriormente por BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions do direito norte-americano e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 82, 1996, p. 92. Obrigatória também a menção às mudanças de entendimento operadas em GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002; e GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 108, out./dez. 2002, p. 63-65. Merece nota, finalmente, a posição de DIDIER Jr., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96-99.

desnecessário porque o Ministério Público sempre atua como fiscal da lei em ações coletivas.²⁴⁰

A primeira razão parte de uma equivocada interpretação do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.²⁴¹ Para compreender a correta amplitude da norma descrita nesse artigo, há que se perceber que uma sentença coletiva de improcedência produzirá efeitos diversos de acordo com a natureza do direito nela veiculada, se transindividual (no qual se incluem os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) ou individual (cujo tratamento é coletivo quando dotado de homogeneidade).

O desprovimento do pedido de tutela de direito transindividual nada diz acerca de direitos individuais. Uma decisão sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu jamais* afetará direitos individuais, seja para prejudicá-los ou mesmo para beneficiá-los.²⁴² Isso decorre não de previsão legislativa, mas

²⁴⁰ Tais argumentos foram coletados na doutrina por GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 108, out./dez. 2002, p. 63-65.

²⁴¹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

²⁴² No mesmo sentido, v. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. A Suspensão Obrigatória de Processos Individuais Representativos de Conflitos de Massa. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 15, jul.-dez. 2010, p. 297-307.

da própria natureza desses direitos, cujas causas de pedir são diversas, não se confundem.²⁴³

Desse modo, uma vez declarada a improcedência – com carga probatória suficiente – de um direito transindividual, jamais ele poderá ser discutido novamente. O que a lei salvaguarda são os direitos *individuais* dos membros do grupo. Os direitos coletivos e difusos deduzidos em juízo, contudo, ficam sempre sujeitos aos efeitos da coisa julgada.²⁴⁴

Com efeito, em caso de improcedência após instrução probatória suficiente, a sentença coletiva transitará em julgado para os legitimados do artigo 82 do CDC. Restará preclusa, portanto, a via coletiva para rediscussão da matéria.

Ou seja, o artigo 103 do CDC trata da hipótese em que se demanda acerca de direitos individuais homogêneos, afastando a indiscutibilidade da causa no plano individual em caso de improcedência da ação coletiva.

O primeiro a alertar para a generalizada desatenção a este ponto foi Antonio Gidi, para quem

Os direitos transindividuais e a tutela coletiva dos direitos individuais estarão definitivamente precluídos em caso de improcedência e a mesma demanda coletiva em tutela do mesmo direito (difuso, coletivo e individual homogêneo) não poderá ser reproposta. Ou seja, a coisa julgada se forma *pro et contra*,

²⁴³ “Ora, para os direitos difusos e coletivos sequer se há de pensar em litispendência em relação a direitos individuais que envolvam o mesmo fato. Isto porque o indivíduo não tem legitimidade para propor a ação coletiva. Dos direitos difusos e coletivos apenas podem tratar os ‘legitimados coletivos’. Tem-se, assim, pedidos diversos, baseados em causas de pedir distintas”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 820. Se as causas de pedir são distintas e, por isso, não pode haver litispendência, com muito mais razão não pode haver extensão dos efeitos da coisa julgada.

²⁴⁴ Para uma análise aprofundada sobre a interação entre a sentença coletiva e os direitos individuais e metaindividuais afins, v. VIOLIN, Jordão. *Fundamentos do Processo Coletivo e a Redefinição do Conceito de Jurisdição. Processos Coletivos*. Porto Alegre, v. 1, n. 5, out.-nov. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=53>>.

independentemente do resultado da demanda, para atingir os direitos transindividuais e a pretensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. A coisa julgada coletiva beneficia a todos os membros do grupo em caso de procedência, mas não os prejudica em caso de improcedência. Quer dizer, em caso de improcedência do processo coletivo, cada membro do grupo pode propor sua demanda individual em tutela do seu direito individual, mas o direito do grupo estará precluído definitivamente pela coisa julgada coletiva.

A lei brasileira, portanto, nos coloca em uma esdrúxula situação, em que a coisa julgada em demanda coletiva em tutela de um direito mais importante (que é o direito difuso, coletivo e individuais homogêneos) se forma independentemente do resultado da demanda. Mas a coisa julgada nas demandas que visam a tutela do direito menos importante (que é o direito individual patrimonial) tem a proteção sagrada da coisa julgada *secundum eventum litis*. Os direitos mais importantes perecem, mas os direitos menores continuam inviolados. Isso não é nem mesmo uma grande vantagem na prática, uma vez que poucos membros do grupo terão uma perspectiva real de propor sua própria demanda individual em tutela da sua diminuta pretensão individual.²⁴⁵

A coisa julgada coletiva, portanto, pode prejudicar sobremaneira a classe, pois direitos coletivos e difusos não poderão jamais ser rediscutidos. Da mesma maneira, direitos individuais homogêneos não poderão ser novamente tutelados pela via coletiva.²⁴⁶ Somente a tutela individual desses direitos restará assegurada – com todos os empecilhos inerentes ao processo individual, como o baixo valor do dano, os altos custos do processo e a multiplicação de ações repetitivas.

Ora, os direitos individuais homogêneos são justamente aqueles cuja lesão acarreta danos individuais ínfimos, que não compensam os custos decorrentes de se movimentar a máquina judiciária. Logo, tal espécie de

²⁴⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 290, onde o autor desenvolve e amadurece posição tomada de forma inovadora no seu *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁴⁶ “A coisa julgada formada nessa ação, conforme prescreve o art. 103, III, é *erga omnes* somente no caso de procedência da ação, para beneficiar todos os sujeitos titulares dos direitos individuais postulados, bem como os seus sucessores. Encontra-se aqui nova modalidade da coisa julgada *secundum eventum litis*, porque somente operada, em sua condição descrita na lei, quando a sentença for de procedência.

Isso não significa dizer que, quando julgada improcedente a ação para tutela de direitos individuais homogêneos, não fará ela coisa julgada material. Em verdade, no caso de improcedência, o que não existirá é a coisa julgada *erga omnes*, expandida para beneficiar as vítimas e seus sucessores. Ainda assim, essa sentença (de improcedência) operará coisa julgada para as partes do processo, inclusive para as pessoas (titulares dos direitos individuais homogêneos) que hajam intervindo na condição de litisconsortes nesse feito, tornando para estas, mas não para os sujeitos não intervenientes (titulares do direito, que poderão oferecer suas ações individuais, conforme estabelece o art. 103, § 2º, do CDC), imutável a decisão”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 763-764.

direitos pode ser tratada coletivamente justamente para que se lhe dê adequada tutela. Não faz sentido, então, o argumento de que a coisa julgada coletiva não prejudica direitos individuais. Ainda que estes fiquem a salvo da coisa julgada coletiva, não é, em regra, *materialmente viável* discuti-los individualmente, dada a sua pequena monta.

Por sua vez, padece de dois vícios o argumento de que o controle jurisdicional da representação adequada é desnecessário porque o Ministério Público já o faz. Primeiro, esquece que o poder decisório está concentrado no magistrado. Por essa razão, não adianta o *Parquet*, na qualidade de *custos legis*, apontar a desídia do representante coletivo se o julgador não puder tomar uma atitude.²⁴⁷ Em segundo lugar, olvida que mesmo o Ministério Público pode ser um representante inadequado e, assim, precisa ter a sua atividade avaliada.²⁴⁸

A condução de uma demanda coletiva envolve responsabilidades e custos consideravelmente maiores que uma demanda individual. Embora seja a instituição mais atuante e eficiente na defesa dos interesses coletivos, o Ministério Público, assim como qualquer outro legitimado coletivo, tem seus limites orçamentários. E, por seguir o regime jurídico de direito público, enfrenta maiores restrições na contratação de assistentes técnicos.

Tais dificuldades podem ser decisivas para o resultado do processo coletivo. Conforme demonstra a análise econômica do direito, sujeitos

²⁴⁷ “Não há qualquer contradição entre o Ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir sobre essa questão. Aliás, essa é a base da divisão de trabalhos entre o Ministério Público e o Judiciário: o Ministério Público, de pé, alega e o juiz, sentado, decide. De nada adianta o membro do Ministério Público constatar a inadequação do representante em uma ação coletiva concreta, se ele não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito (...). Ademais, *quis custodiet ipsos custodes?* Quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for o autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta? Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa-fé e abençoada pelo poder estatal”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 64.

²⁴⁸ “nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional de sua legitimidade”. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 211

com grande poder econômico – como são, em geral, os violadores de direitos de massa – tendem a investir vultosas quantias na produção de provas, de modo a aumentar sua probabilidade de vitória, evitando assim a formação de um precedente de grande repercussão.²⁴⁹ O *Parquet*, por outro lado, é dotado de uma estrutura enxuta e limitado por um orçamento que não lhe possibilita contratar assistentes técnicos e pareceristas de renome, tampouco arcar com os custos de produção de provas sofisticadas.²⁵⁰ Perceba-se que, mesmo em se tratando de um órgão dotado de elevada capacidade técnica e com um histórico robusto de luta pelos direitos coletivos, o Ministério Público não pode ser considerado sempre um representante adequado.²⁵¹

Mas não apenas os entraves financeiros podem prejudicar a atuação do órgão ministerial. Por sua própria natureza, é comum que interesses coletivos entrem em conflito.²⁵² Nessa hipótese, não se justifica que o Ministério Público se posicione em favor de um em detrimento do outro.²⁵³

²⁴⁹ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 530-532.

²⁵⁰ O entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça é de que o Ministério Público não está isento do pagamento dos honorários periciais. Para o STJ, não se pode impor ao profissional que realiza a prova técnica trabalho gratuito em prol da Justiça, como também não se pode impor ao réu o ônus de uma vultosa prova, de elevado custo, contra ele próprio. Nesse sentido são os seguintes julgados: REsp 733.456-SP, DJ 22/10/2007; REsp 981.949-RS, DJe 24/4/2008; REsp 716.939-RN, DJ 10/12/2007; REsp 928.397-SP, DJ 25/9/2007; REsp 891.743-SP, DJe 03/11/2009.

²⁵¹ “Isso porque a conduta pretérita de um representante coletivo não é suficiente para legitimar a sua atuação no processo em curso. Ainda que o *Parquet* tenha se mostrado, desde a sua criação, uma instituição independente e combativa, é salutar para a concretização do devido processo legal que também a sua atuação seja fiscalizada. A submissão de sua conduta ao controle judicial consubstancia uma garantia ao grupo, e estimula o próprio órgão ministerial a conduzir a causa com maior empenho, zelo e diligência. Afinal, uma eventual impugnação à adequação de sua conduta poderá levar à declaração de nulidade do processo, aniquilando-se assim todo o trabalho anteriormente empreendido. Nota-se, portanto, que o controle judicial sobre a representação adequada não só assegura o devido processo legal, como materializa o princípio da economia processual, pois evita o dispêndio de tempo, dinheiro e trabalho das partes, juízes e promotores num processo manifestamente inválido”. VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 74.

²⁵² “Na tutela coletiva, é freqüente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto, nos conflitos tipicamente individuais, a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo isoladamente ou em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos, temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si, com as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para sua própria subsistência)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

²⁵³ “Situação exemplificativa disso é a atuação do órgão no Município de São Paulo, quando da proibição dos ônibus fretados no centro urbano. Nesse caso, há diversos direitos coletivos em sentido lato envolvidos: o direito ao transporte de milhares de cidadãos, o direito à exploração do ramo de

Nesses casos tampouco é possível considerá-lo um representante adequado, independentemente da qualidade de sua atuação em juízo.

3.2.2 Possibilidade de controle judicial da representação adequada

Outra vertente argumentativa afirma ser o controle judicial da representação adequada vedado ao juiz, porquanto feito previamente pelo legislador. Tal corrente, todavia, confunde os institutos da legitimação coletiva e da representação adequada.

A primeira, de fato, é dada legislativamente. São legitimadas a representar os interesses coletivos apenas as entidades arroladas em lei. Mas dessa previsão não se extrai que tais entes possam ser relapsos, desidiosos, ou que possam agir em conluio com a parte adversária, sem que o juiz possa exercer seu poder de polícia dentro do processo.²⁵⁴

transportes por empresas de ônibus e o direito comum a todos de um meio ambiente urbano digno. Esse último, por ser indisponível e de caráter relevante, permite a atuação do Ministério Público, mas é de se questionar que aspecto deveria defender o órgão, já que a própria sociedade não decidiu se o meio ambiente urbano ficaria melhor com os ônibus, restringindo a circulação de milhares de carros e oferecendo às pessoas meios coletivos de transporte, ou sem os ônibus, auxiliando na diminuição da poluição atmosférica; há verdadeiro conflito de interesses sociais relativamente a esse ponto. Assim, sem se pretender trazer uma solução para o caso, qualquer posição defendida pelo ente ministerial poderia ser questionada, haja vista que nenhuma delas seria efetivamente representativa da sociedade, mas somente da pessoa física investida no cargo, de forma que talvez o órgão devesse restar distante da questão, que pode muito bem ser resolvida entre os sindicatos e associações representantes das categorias". FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2010, p. 80.

²⁵⁴ "Não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva". DIDIER Jr., Fredie; ZANETI

Ou seja, não basta que o processo coletivo seja conduzido por um dos legitimados. É necessário também que a conduta desse ente, na prática, seja condizente com a relevância dada pelo ordenamento jurídico aos interesses em questão. Afinal, “a mera autorização legal para que qualquer pessoa física ou jurídica possa ajuizar ações coletivas, desacompanhada de uma análise empírica sobre a viabilidade econômica, técnica e política da empreitada judicial intentada, ao invés de propiciar o aperfeiçoamento e o incremento da tutela coletiva, parece conspirar contra”.²⁵⁵

A origem da confusão entre legitimidade e representação adequada remonta ao chamado Projeto Bierrenbach (Projeto de Lei nº 3034/1984), que originou a Lei de Ação Civil Pública. Nele, previa-se expressamente o controle da representação adequada e os parâmetros para tanto. Em razão do veto a esse dispositivo, parte da doutrina passou a sustentar que a verificação da legitimidade se dá *ope legis*, ao contrário do modelo da *class action*, em que a aferição acontece *ope judicis*. O legislador teria, segundo esse entendimento, criado um rol taxativo de legitimados, estabelecendo presunção absoluta de que seriam representantes adequados.

Note-se que a diferenciação entre legitimidade *ope legis* e *ope judicis* nada tem a ver com a atuação do representante. Realmente, a legitimidade coletiva, no Brasil, é definida legislativamente. E assim também acontece no direito norte-americano. Não é o juiz que escolhe quem são os legitimados coletivos, mas a norma extraída da *Rule 23 (a)* das *Federal Rules of Civil Procedure*.²⁵⁶ Dessarte, “é impreciso dizer que nos Estados Unidos o juiz ‘escolhe’ o autor da ação ou que a legitimidade nasce por um *fiat* judicial. O autor da *class action* é aquele que a propõe e o juiz não poderá mudá-lo, a

Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 211.

²⁵⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 171-172.

²⁵⁶ “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,

(2) there are questions of law or fact common to the class,

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

menos que não seja membro típico do grupo ou adequado, como determina a lei escrita”.²⁵⁷

De fato, não se pode esperar que determinados requisitos de ordem formal, tipificados em lei, garantam à coletividade a defesa robusta, vigorosa, adequada de seus interesses. Deve-se encarar a tutela de direitos coletivos com seriedade proporcional à relevância outorgada a tal classe de direitos pelo ordenamento. O respeito ao devido processo legal passa, necessariamente, pelo controle da conduta do representante do grupo. Para tanto, não basta que o juiz verifique se existe autorização legal para que a entidade possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. É essencial que se faça também o controle *in concreto* da atuação do legitimado para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representação adequada dos direitos em tela.²⁵⁸

Fica evidente, assim, que legitimação ativa não se confunde com representação adequada. A representação adequada constitui-se em pressuposto processual de validade, condição para o regular desenvolvimento do processo.²⁵⁹ Somente tem capacidade para estar em juízo aquele que for capaz de promover a defesa robusta da classe.²⁶⁰ A previsão pelo legislador de

²⁵⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87.

²⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 211.

²⁵⁹ “O processo, que se traduz numa relação jurídica (relação jurídica processual), (...) para ter existência válida também se submete a certos requisitos, sem a coexistência dos quais o instrumento da jurisdição não oferece as garantias necessárias à prolação de uma decisão quanto à pretensão. E aí temos os pressupostos processuais, que são requisitos necessários à regularidade e existência da relação processual, isto é, pressupostos de um processo válido”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, V.1, p. 171.

²⁶⁰ Não se acata a tese de que a representação adequada integra o conceito de legitimidade *ad causam* por dois motivos. Em primeiro lugar, porque não se aceita a categoria das condições da ação como um instituto dogmático-jurídico. A despeito de sua previsão legislativa, as condições da ação veiculam hipóteses de manifesta improcedência da ação, conforme já demonstrado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Ovídio Baptista da Silva e Teresa Arruda Alvim Wambier. Em segundo lugar porque, ainda que existam as chamadas condições da ação como categorias jurídicas autônomas, estas devem ser aferidas no plano hipotético, tomando-se provisoriamente como verdadeiras as afirmações do autor, como explica Kazuo Watanabe. Nesse sentido, fácil perceber que a representação adequada não pode ser classificada como condição da ação, porquanto sua existência deve ser aquilatada perante a atuação do legitimado coletivo no caso concreto. Em sentido contrário, v.

um rol de legitimados não implica a presunção (sequer relativa) de que tais entidades sejam representantes adequados. Tal aferição deve ser feita no curso do processo, tomando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. Afinal, “a possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e valida na medida em que for exercida devida e adequadamente”.²⁶¹ Para tanto, esse exercício deve estar constantemente submetido à fiscalização.

3.2.3 Os riscos e benefícios envolvidos no controle judicial da representação adequada

Existe, por fim, o entendimento de que o controle judicial da representação adequada representa um risco de amesquinamento do processo coletivo a partir da exigência de requisitos não previstos em lei.²⁶²

Realmente, existem sucessivos exemplos de rejeição de ações coletivas relacionada com a negativa de legitimação ativa. Não se trata, portanto, de um temor infundado.

O injustificado estreitamento do acesso à via coletiva, por outro lado, é um risco que existe independentemente do controle sobre a representação adequada. O próprio desenvolvimento do requisito da

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2010, p. 105.

²⁶¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

²⁶² “Aliás – advirta-se –, corre-se sério risco de a novidade (...) vir a causar uma espécie de efeito contrário. Ao invés de qualificar as demandas coletivas e aperfeiçoar o sistema de tutela coletiva, o estabelecimento legal de mais um condicionamento (comprovação empírica de adequada representatividade) pode vir a se tornar mais um instrumento manuseável para o fim de restringir ainda mais a propositura de ações coletivas”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 226.

pertinência temática demonstra a tendência jurisprudencial de limitar o acesso aos processos representativos.²⁶³

A exigência de correlação temática entre o autor e o objeto da ação coletiva, aliás, parece ser de fato um mecanismo meramente reacionário, cuja finalidade consiste unicamente em obliterar o processo coletivo. A uma, porque estabelece requisitos formais não tipificados em lei para o prosseguimento da ação. A duas, porque tais requisitos, porquanto formais, nada dizem sobre a conduta do representante coletivo. Desse modo, já se utilizou a inexistência de vínculo de pertinência temática como fundamento para, em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário em Ação Rescisória, extinguir ação coletiva proposta por representante evidentemente adequado – tanto que já havia obtido sentença favorável na ação de conhecimento.²⁶⁴ Da mesma forma, é possível que um legitimado sem quaisquer condições técnicas e financeiras conduza inadequadamente o processo coletivo simplesmente por ter, entre suas finalidades institucionais, a defesa dos direitos deduzidos na ação.²⁶⁵

Observe-se, pois, que a obstrução da via coletiva com exigências extralegais independe do controle judicial da representação adequada. Em última análise, o temor de que tal instituto poderá ser desvirtuado e usado

²⁶³ Essa categoria foi desenvolvida jurisprudencialmente como pressuposto para as ações diretas de controle de constitucionalidade e posteriormente estendida aos processos coletivos.

²⁶⁴ Trata-se da infame decisão proferida pelo STF no Agravo de Instrumento n. 382298, conforme segue: “Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (Poder Público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória (AI 382298 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 28-05-2004 PP-00053 EMENT VOL-02153-7 PP-01373)”.

²⁶⁵ Nesse sentido, de acordo com a incisiva crítica de Antonio Gidi, “um sindicato dos empregados no setor metalúrgico poderá defender o meio-ambiente (e também, naturalmente, o consumidor, o mico leão dourado, os idosos, o mercado de valores) desde que em seus estatutos esteja prevista essa finalidade”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80.

contra a defesa dos direitos coletivos é o mesmo temor que impede o reconhecimento de que o juiz exerce uma atividade política: o apego ao princípio da legalidade como limitador da atividade jurisdicional.

Com efeito, o controle judicial da representação adequada deve ser feito a partir de cláusulas abertas e critérios amplos, que permitam a verificação *in concreto* da atividade da parte. O receio de degeneração do instituto funda-se, pois, na ideia de que as cláusulas abertas abrem margem ao arbítrio judicial.

Registre-se, todavia, que, embora seja uma construção jurisprudencial, o requisito da pertinência temática não é uma cláusula aberta. Trata-se de regra bastante específica, a exigir relação entre a demanda e as atividades institucionais do legitimado.²⁶⁶ Ainda assim, restringe de maneira injustificada a tutela dos direitos coletivos. A vinculação do julgador a uma regra específica ou ao texto literal da lei, conforme extensivamente argumentado, não são limites seguros contra o arbítrio, na medida em que desconsideram a finalidade das normas para focar-se numa aplicação ensimesmada do direito.²⁶⁷ Se o ordenamento é informado por valores e por princípios éticos, é preciso que uma autoridade zele pelo respeito a esse

²⁶⁶ Cf. ADI 2349-7.

²⁶⁷ Dworkin explicita esse problema numa análise que, conquanto voltada ao direito constitucional, pode extrapolá-lo e abarcar a interpretação de qualquer norma quando deslocada de seu contexto e desprovida de suas finalidades:

“As teorias geralmente classificadas como ‘não interpretativas’ – as que nos parecem mais ativistas ou liberadas do texto efetivo da Constituição – são claramente interpretativistas em qualquer sentido plausível. Elas não desconsideram nem o texto da Constituição nem os motivos dos que a fizeram; antes procuram colocá-los no contexto adequado.

(...)

Na verdade, pode parecer que as teorias comumente chamadas de ‘interpretativas’ – as teorias que nos parecem mais presas ao texto da Constituição considerado isoladamente – têm mais probabilidade de revelar-se não interpretativas nesse sentido amplo. Pois parecem prestar bem pouca atenção a questões a respeito da ‘finalidade’ de se ter uma Constituição ou de por que a Constituição é a lei fundamental. Parecem começar (e terminar) com a própria Constituição e supor que a teoria constitucional não prevista fazer nenhuma suposição que não seja extraída dos limites desse documento. Mas essa aparência é enganosa. (...) essas razões não podem ser extraídas do texto constitucional isoladamente; seria petição de princípio. Devem ser extraídas de princípios de moralidade política – ou defendidos como tal – que, de alguma maneira, representem a conclusão ou finalidade da prática constitucional mais amplamente concebida”. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46-47.

conteúdo dentro do processo – autoridade essa que, naturalmente, recai sobre o magistrado.

A utilização de cláusulas gerais é, pois, uma tendência inelutável, dada a reinserção da axiologia no direito. As normas não valem mais por si mesmas. Sua aplicação se dá de maneira integrada com os princípios éticos que informam o ordenamento jurídico. Não há como admitir que o legitimado coletivo aja em conluio com a outra parte e o julgador se mantenha inerte, proibido de agir em razão de um temor de má utilização do instrumental posto a seu dispor. A posição mais acertada parece ser aquela que, embora reconhecendo o risco de arbítrio, percebe que esse risco é inerente ao ato de julgar e existe mesmo num contexto marcado pela legalidade estrita, buscando assim novas e mais eficazes ferramentas contra a subversão dos institutos processuais.

3.2.4 Critérios para o controle judicial da representação adequada

A despeito de inexistirem critérios positivados para se aferir a qualidade da representação efetuada pelo legitimado coletivo, pode-se buscar no direito comparado diretrizes seguras para aquilatar se ela é ou não adequada.

No sistema das *class actions* norte-americanas, o controle recai sobre a parte e sobre seus advogados. A dupla fiscalização acontece porque, a despeito de a *class action* ser proposta em nome de um cidadão, seus advogados são os verdadeiros *dominus litis*. Afinal, é o Procurador da parte que detém capacidade postulatória, sendo portanto o responsável por todos os atos processuais por ela praticados. Disso decorrem duas necessidades: de oferecer estímulos aos bons advogados, para que patrocinem litígios coletivos,

e de construir um sistema de controle rígido, que desestimule a assunção de processos coletivos por procuradores despreparados.

Os incentivos à coletivização de demandas são justificados pelo fato de que “são os advogados que, na realidade, cumprem esse papel e devem ser compensados por suas horas de trabalho e esforço. De fato, analisando-se a questão mais profundamente, nota-se que a compensação deve ser alta o suficiente para que os melhores e mais brilhantes advogados assumam tais riscos”.²⁶⁸

A ausência de retribuição financeira adequada parece ser um dos maiores empecilhos à coletivização das demandas individuais no Brasil. Deveras, do ponto de vista estritamente econômico, ao advogado é muito mais interessante propor inúmeras ações individuais e receber honorários em todas elas do que ajuizar uma única demanda coletiva, mais complexa e arriscada, e receber honorários por uma só ação. Nesse contexto, apenas órgãos públicos continuarão a defender coletivamente os direitos individuais homogêneos, na medida em que o fazem por dever de ofício.²⁶⁹

Tal problema se intensifica diante da interpretação segundo a qual inexistem honorários de sucumbência em ação coletiva. Trata-se de indevida ampliação do alcance do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública,²⁷⁰ que visa justamente a estimular a propositura de demandas por associações, isentando-as do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé. Essa norma, entretanto, não impede a condenação do réu sucumbente no pagamento dos honorários advocatícios à associação autora. Ao negar às associações e a seus advogados esse incentivo financeiro, desestimula-se a propositura de ações coletivas pelos entes privados. Tem-se, então, mais um empecilho para que a sociedade civil organizada, já

²⁶⁸ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p.215.

²⁶⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 151.

²⁷⁰ “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

dependente dos órgãos públicos, busque por si mesma a tutela dos direitos coletivos.²⁷¹

Se a retribuição pelo trabalho do Procurador deve ser alta o suficiente para estimular os melhores profissionais a agir com zelo e dedicação em nome dos representados, da mesma forma o controle sobre sua atuação deve ser rígido o bastante para desestimular advogados não qualificados a assumirem o patrocínio de ações coletivas.

Por esse motivo, o direito norte-americano leva em consideração critérios amplos para aquilatar a atividade do advogado, tais como qualificação profissional, especialização na área, experiência com ações coletivas, a qualidade das peças processuais, seu relacionamento com a parte – o que envolve o cumprimento do dever de comunicação e esclarecimento dos membros do grupo, bem como a inexistência de conflitos de interesse –, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, observância da ética profissional, seus antecedentes e, finalmente, sua performance como um todo na causa.²⁷²

Com relação às *representative parties*, por sua vez,

mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação [espécie de exame de admissibilidade nas *class actions*], importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de

²⁷¹ Esse é justamente o caso da Ação Civil Pública n. 2002.70.00.002030-7/PR, cujo andamento pode ser acompanhado no sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A despeito do provimento à ação coletiva, não foram fixados honorários de sucumbência em favor da associação autora, razão pela qual ela perdeu o interesse na execução da sentença. A solução foi encaminhar os autos ao Ministério Público Federal, para que ele desse prosseguimento ao feito.

²⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 82.

caráter, credibilidade e, com especial relevo, ausência de conflito de interesses”²⁷³.

Como se observa, há uma extensa gama de características²⁷⁴ a serem aferidas pelo juiz durante o curso de uma *class action*. Poucos desses requisitos podem ser avaliados fora do caso concreto. O comprometimento com a causa, por exemplo, não se exaure numa cláusula estatutária prevendo a finalidade de defesa do interesse judicializado. Muito mais que isso, comprometimento com a causa envolve também uma análise do comportamento do representante durante o curso da *class action*. Demanda uma avaliação de sua postura, que deve ser eficiente e combativa, correlata com a importância atribuída pelo ordenamento ao direito discutido. Deve ser, enfim, uma postura *adequada* à efetiva defesa desses direitos. Não se exige “que o representante e o advogado sejam perfeitos, ou os melhores disponíveis para propor a ação coletiva. O direito americano contenta-se com que o representante seja adequado para tutelar vigorosamente os interesses do grupo. Ele não precisa ser perfeito, basta que seja adequado”²⁷⁵.

Nesse sentido, caso não haja uma atuação adequada do representante coletivo, o ordenamento americano não autoriza a formação de coisa julgada, razão pela qual não se há que cogitar da vinculação de terceiros aos efeitos da sentença.²⁷⁶ Essa sistemática produz uma interessante consequência: como a ausência de representação adequada poderá propiciar a

²⁷³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 82.

²⁷⁴ Todas essas características são bem resumidas por Antonio Gidi, que afirma: “como se sabe, no direito americano, o requisito da adequação de representação é composto por dois elementos: a ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o representante e o grupo e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses do grupo”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 67.

²⁷⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 67.

²⁷⁶ “Nos sistemas com esse modelo a coisa julgada é para toda a classe, a imutabilidade do comando da sentença atinge a todos os membros *pro et contra* (independentemente da solução determinada na sentença). Nem poderia ser diferente, visto estarem todos legitimamente ‘representados’ no litígio, não havendo motivo para rediscussão ‘eterna’ do direito conflituoso”. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4, p. 198.

decretação de invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action*,

a objeção é freqüentemente levantada pela parte adversária da classe. Perfunctoriamente, pode parecer uma anomalia, mas, no fundo, o réu estará objetivando defender os seus próprios interesses, seja porque o acatamento da alegação ocasionará a extinção do processo sem o julgamento do mérito, seja para garantir a efetividade da vitória, em caso de improcedência do pedido. Pois, neste caso, a representação inadequada desvincularia os membros ausentes da classe em relação à coisa julgada, que ficaria com a sua eficácia limitada às partes processuais, tal qual ocorre nas ações individuais.²⁷⁷

Percebe-se, pois, que, além de garantir o devido processo legal e estar em consonância com o princípio da economia processual, o controle judicial sobre a adequação da conduta do representante estimula a lealdade processual. Para evitar futuras impugnações à coisa julgada coletiva, interessa à parte individual que seu adversário se desvincule do ônus de promover a defesa da classe.

Não há qualquer óbice à implantação dessa sistemática no Brasil, pois ela é uma decorrência do princípio do devido processo legal. Como esse princípio é comungado por ambos os ordenamentos, é desnecessário que uma reforma legislativa preveja o controle judicial da representação adequada. Tal averiguação pode e deve ser feita de *lege lata*, a partir dos critérios amplos acima expostos, voltados para a atuação concreta do legitimado coletivo.

²⁷⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 82-83.

3.2.5 O controle judicial da representação adequada *de lege lata*

A ausência de tipificação desses critérios não impede sua aplicação. Não é tarefa árdua verificar se o legitimado age com irresponsabilidade, perdendo prazos e abrindo mão de recursos e provas. Tampouco impõe dificuldade averiguar se o processo está parado porque o legitimado não lhe dá impulso – seja por desídia ou por impossibilidade econômica. Finalmente, não é complicado avaliar a qualidade dos escritos da parte, ou se seus atos processuais são evidentemente destinados a favorecer a parte contrária. Mesmo que houvesse tipificação desses critérios, eles necessariamente utilizariam a mesma linguagem aberta e voltada ao caso concreto.²⁷⁸

²⁷⁸ Prova disso é que os quatro anteprojetos que buscaram sistematizar o Direito Processual Coletivo utilizam a tessitura aberta acima exposta:

O Anteprojeto Gidi, em seu artigo 3.1, estabelece os seguintes fatores, a serem analisados tanto em relação ao legitimado quanto em relação ao seu advogado: a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo; a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; o tempo de instituição e o grau de *representatividade* perante o grupo.

O Anteprojeto do Instituto Ibero-Americano de Processo Civil, em seu artigo 2º, § 2º, enumera: credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

O Anteprojeto USP, por sua vez, arrola os seguintes critérios: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

O Anteprojeto UERJ/Unesa enuncia: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Como sobressai da leitura dos dispositivos, o Anteprojeto Gidi parece ter a melhor proposta, na medida em que estabelece que o controle sobre a representação adequada deve recair sobre a parte e sobre seu advogado. Além disso, prevê o instituto do “acordo adequado” e exclui a formação de coisa julgada diante de uma representação inadequada. Na ponta contrária, o Anteprojeto USP se destaca por sua incoerência, pois prevê o controle somente quando envolvidos direitos difusos e coletivos, excluindo injustificadamente a representação adequada de interesses individuais homogêneos – que, como visto, jamais poderão ser rediscutidos coletivamente caso sobrevenha uma sentença de improcedência. Para

Desse modo, caso verificada a inadequação da conduta do legitimado coletivo, deve-se buscar *outro legitimado coletivo*, capaz de representar adequadamente os interesses do grupo. Tal providência visa a minimizar os riscos de se refazerem vários atos processuais marcados por uma conduta inadequada do legitimado.

O controle sobre a representação adequada, assim, pode e deve ser feito pelo Judiciário *de lege lata*, pois consiste em consequência lógica e necessária do sistema processual coletivo brasileiro:²⁷⁹ legitimação não se confunde com adequada representação, e esta se impõe por exprimir a relação de consonância entre a relevância de um interesse dentro do ordenamento e a postura de seu porta-voz em juízo. Se a legitimidade política do Judiciário está pautada, entre outros fundamentos, na sua aptidão para a democracia direta, então há que se assegurar que o legitimado coletivo é efetivamente um representante do grupo.

3.3 Garantia do Contraditório no Processo Coletivo

Junto à imparcialidade, o contraditório sobrevive às correntes positivistas como um dos princípios inerentes ao processo civil.²⁸⁰ O próprio conceito de processo já foi identificado com o contraditório, de maneira que o processo seria marcado por uma estrutura dialética, consistente na

uma análise comparativa e crítica de todos esses enunciados, v. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 74-116.

²⁷⁹ “Assim, nas zonas de penumbra deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, como apto a gerar os fins para os quais foi criado”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 160.

²⁸⁰ “Thus, it seems as if the two traditional rules of ‘natural justice’ – judicial impartiality and the right to be heard – still maintain their validity in modern societies: so much so that they can still be isolated as the essentials of a modern concept of justice”. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report). In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law Prepared at the Request of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 699.

participação dos hipotéticos destinatários dos efeitos do ato final em sua preparação – em outras palavras, participação das partes na formação dos argumentos que motivarão a sentença.²⁸¹

Para além de caracterizar o processo jurisdicional, o contraditório é um dos fundamentos do controle judicial de políticas públicas, pois assegura que serão consideradas as razões tanto dos afetados pela política quanto dos responsáveis por sua elaboração e implementação.²⁸² Trata-se de um princípio complexo, que não pode ser compreendido em si mesmo, mas a partir da influência que exerce em cada etapa do processo.²⁸³

O contraditório, nesse sentido, possui natureza bifronte, na medida em que dele irradiam feixes de garantias e deveres. No primeiro grupo, podem ser citados os direitos de informação, reação e influência. No segundo, destacam-se os deveres de colaboração e participação.²⁸⁴ Cada qual informa diferentes conformações do processo coletivo, quando utilizado para controle de decisões políticas.

²⁸¹ “C’è, insomma, <<processo>> quando in una o più fase dell’iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’autore dell’atto deve tener conto; i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare”. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996, p. 83.

²⁸² “(...) principalmente em função da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos, inexistindo portanto razão para enclausurá-lo em cubículos formais de procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa, coloca-se no tablado das discussões o problema dos poderes de iniciativa do juiz e das partes”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 138.

²⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report)*. In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law Prepared at the Request of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 744.

²⁸⁴ Ao conceber o contraditório como uma garantia fundamental, abre-se a possibilidade de que dele espraiam não apenas direitos, mas também deveres, direcionados a todos os sujeitos processuais. Isso porque as garantias fundamentais, por serem hierarquicamente equivalentes, limitam-se reciprocamente, de modo que delas se extraem simultaneamente direitos e deveres que possibilitam sua convivência. CABRAL, Antonio do Passo. *O Contraditório como Dever e a Boa-fé Processual Objetiva*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 126, ago. 2005, p. 59-81.

3.3.1 Direito de informação e a representação dos interesses do grupo

No processo coletivo, a garantia de informação envolve dificuldades muito mais complexas que a regularidade da citação. Para que o processo seja de fato um instrumento a serviço da democracia direta, é fundamental que o maior número de membros do grupo e de legitimados coletivos tenham conhecimento da existência da demanda. Daí a necessidade de uma notificação coletiva adequada.

Um dos maiores obstáculos à efetividade da tutela coletiva no Brasil, atualmente, é a ausência de adequada informação à coletividade sobre o ajuizamento e a procedência das ações coletivas. Em razão da falta de publicidade, são comuns as situações em que uma mesma ação é proposta repetidamente por legitimados diferentes, bem como as hipóteses de sentenças e liminares favoráveis ao grupo que não atingem seus objetivos porque os membros da classe simplesmente as desconhecem. A frequência com que ocorrem situações dessa natureza leva a se falar inclusive na frustração da concreta oponibilidade *erga omnes* da eficácia da coisa julgada coletiva.²⁸⁵

Antes mesmo de repercutir na eficácia da sentença, contudo, a ausência de publicidade sobre a demanda prejudica o próprio exercício do direito de informação, o qual integra o princípio do contraditório. Para que o legitimado coletivo reflita com fidelidade os anseios do grupo, é essencial que ele seja auxiliado extraprocessualmente pelos próprios representados. Essa relação facilita não apenas a identificação dos interesses a serem tutelados, mas também quais as providências mais efetivas para sua tutela. Ademais, o contato direto os prejudicados por uma política pública (ou por sua ausência) auxilia na obtenção de material probatório e na formulação de argumentos. Finalmente, há que se ressaltar o acréscimo de legitimidade que se obtém

²⁸⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 395-399.

quando o representante automeado age como verdadeiro *longa manus* dos verdadeiros titulares do direito.

Para incentivar essa aproximação, não se afigura suficiente a mera publicação editalícia prevista no artigo 94 do CDC. A publicação da demanda em diário oficial não cumpre o objetivo de informar a coletividade a respeito do ajuizamento da ação. Por outro lado, tampouco é necessário promover a notificação individualizada de todos os membros do grupo.²⁸⁶

Para mensurar apropriadamente a relação entre notificação e direito à informação, há que se questionar qual é a função do legitimado coletivo. Ou, mais exatamente, *o que* ele representa. Evidentemente, quando se fala em representação, não se está referindo ao sentido técnico da palavra no direito processual individual. Alude-se, na verdade, à função de “porta-voz”: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”.²⁸⁷

Note-se, pois, que a função do legitimado coletivo não é representar individualmente os membros da classe, mas representar adequadamente os *interesses* do grupo.²⁸⁸ Não importa, nesse sentido, *quem* é a entidade que atua no processo, mas se os interesses do grupo estão sendo adequadamente representados. Se o legitimado coletivo tiver uma atuação adequada, todos os interesses deduzidos na ação estarão devidamente representados em juízo, a despeito de quem seja seu porta-voz. Explica-se, assim, por que a rediscussão da causa será obstada não apenas para o autor da ação coletiva, mas para todos os demais co-legitimados: os interesses cuja tutela estes poderiam buscar já foram objeto de adequada representação.

²⁸⁶ Conforme decidido pela Suprema Corte Norte-Americana em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974).

²⁸⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 61-62.

²⁸⁸ No direito norte-americano, Owen FISS adota semelhante posicionamento: “Acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de ‘direito de representação’: não ‘um dia na corte’, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo”. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 215.

Como o objeto do processo são os interesses coletivos, é desnecessária a notificação de todos os membros do grupo. Isso porque o representante se legitima a partir não da afirmação de titularidade do direito, mas a partir da representação adequada desse direito. Logo, não é preciso que todos os interessados tenham a oportunidade de participar do processo, mas que seus interesses sejam defendidos de maneira apropriada, que permita ao juiz pronunciar sentença com carga declaratória suficiente para vincular terceiros.

A notificação, portanto, não precisa ser individualizada. Um requisito dessa ordem, além de olvidar que direitos difusos não têm um titular identificável, pode inviabilizar o prosseguimento da ação, dado o alto e desnecessário custo financeiro que impõe. Alto porque, não raramente, os interessados na causa são milhões de pessoas. É desnecessária porque sua função não é proteger os direitos individuais assegurando o exercício do *right to opt out*, como acontece no direito americano. No ordenamento brasileiro, a notificação tem o objetivo de aprimorar e controlar a atuação do legitimado coletivo. Trata-se, pois, de uma garantia social, e não individual, como no sistema das *class actions*.

A notificação pode ser realizada por amostragem, desde que seja apta a dar ampla e tempestiva publicidade à causa, permitindo que os atos do legitimado coletivo sejam informados pelos interesses dos representados. Pode-se imaginar, por exemplo, que a notificação seja impressa em boletos de pagamento, quando a política pública impugnada concernir a serviços públicos pagos dessa maneira; nos comprovantes de pagamento de pedágio, quando a ação disser respeito à concessão de rodovias; nos contracheques, quando a causa envolver direitos dos servidores, e assim por diante.

Tais soluções, embora simples e de baixo custo econômico, não se adaptam aos direitos difusos, por definição desprovidos de um titular individualizável. Nesse caso, é necessário utilizar-se dos meios de comunicação de massa, cujas finalidades educativas, culturais e informativas são um dever jurídico constitucionalmente determinado (art. 396 da

Constituição).²⁸⁹ Outra alternativa é o envio de cartas somente para associações e entidades públicas ligadas ao tema da controvérsia, além de membros do grupo selecionados aleatoriamente.²⁹⁰ Essencial se mostra, ainda, a reunião em um banco de dados nacional de todas as ações coletivas já propostas ou em trâmite.²⁹¹

Sobressai, neste aspecto, a capacidade financeira do legitimado coletivo. Quando a parte contrária é o Estado, não se pode simplesmente determinar que o ente público arque com os custos da notificação adequada. Os recursos estatais são limitados e os gastos são previamente determinados em lei orçamentária. Não resta outra alternativa ao legitimado coletivo senão promover a melhor notificação possível às suas expensas. Uma solução viável, porém dependente de reforma legislativa, seria a utilização de recursos do Fundo dos Direitos Difusos para financiar a publicidade da causa.²⁹²

3.3.2 Direito de reação, intervenção individual e legitimação coletiva passiva

Além do direito de informação, também o direito de reação integra o princípio do contraditório. Tal garantia assegura às partes o direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos.²⁹³

A abertura do contraditório à plenariedade, contudo, inviabilizaria o próprio processo coletivo. Por isso, o direito de reação dos representados é

²⁸⁹ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 396.

²⁹⁰ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 67.

²⁹¹ Para esse fim, o Conselho Nacional de Justiça instituiu um grupo de trabalho por meio da Portaria n. 198/2010.

²⁹² Proposta nesse sentido consta no art. 24 do Anteprojeto- Gidi.

²⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-fé Processual Objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 126, ago. 2005, p. 61.

limitado. Sua intervenção ao lado do legitimado coletivo, quando se controverte acerca de direitos metaindividuais, é vedada tanto por razões dogmáticas (dada a ilegitimidade individual para tutelar essa espécie de direitos) quanto pragmáticas (em razão da possibilidade de ocorrerem ao processo particulares em número suficiente para impedir sua condução). Quando a demanda envolve direitos individuais homogêneos, por outro lado, pode-se admitir, ao menos tecnicamente, a intervenção de indivíduos na condição de litisconsortes assistenciais. Razões de ordem prática, todavia, recomendam que tais intervenções sejam limitadas de modo a não prejudicar o andamento do feito. Não há nessa postura qualquer violação ao direito de reação, visto que eventual decisão contrária à classe na ação coletiva não impedirá sua rediscussão individualmente.²⁹⁴

Quando se pensa numa ação coletiva com o objetivo de controlar atos dos poderes políticos, há que se considerar ainda outra complexidade: frequentemente, os atos do Poder Público repercutem na esfera jurídica de terceiros. Não há como se negar, nesses termos, o direito de os indivíduos adotarem posição processual ao lado da entidade pública.²⁹⁵

Essa possibilidade, entretanto, pode significar a própria inviabilidade da demanda coletiva, uma vez que um elevado número de intervenções no pólo passivo impediria a condução do procedimento. Daí a necessidade de uma solução que, respeitando o direito à reação – que integra o feixe de direitos que irradiam do princípio do contraditório – dos indivíduos beneficiados por uma política pública, possibilite sua discussão também pelo grupo prejudicado.

A hipótese sob apreço trata de uma evidente contraposição de dois interesses coletivos. Nada impede, pois, que a própria entidade pública demandada assumam a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais

²⁹⁴ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54-56. No mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 4, p. 249-254. Em sentido contrário, v. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 317-324.

²⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 323-325.

homogêneos no pólo passivo da ação. Ou, eventualmente, por outro legitimado coletivo, como associações e sindicatos. Para tanto, elas devem deixar de ser consideradas como uma parte na defesa egoística de seus próprios interesses. Sua conduta processual passa a ser regida também pelos interesses coletivos que ela representa, de modo que possam ser consideradas representantes adequadas.

Imagine-se o caso de ação coletiva ajuizada em face de hospital público para que ele, uma vez reconhecida a terceirização irregular de serviços, demita os funcionários terceirizados que exercem a atividade-fim da instituição e contrate servidores mediante concurso público. Ou, ainda, a hipótese de demanda coletiva ajuizada contra a administração pública direta para que, após reconhecida fraude em concurso público, sejam anuladas as nomeações de todos os servidores aprovados no certame.²⁹⁶

Em ambas as situações, o provimento da ação coletiva influenciará a esfera jurídica de indivíduos, a quem deve ser dada a chance de apresentar seus argumentos em juízo. Se essa tarefa for realizada de maneira adequada por um representante coletivo, estarão assegurados tanto o direito de reação quanto a operacionalidade do processo coletivo. O processo coletivo assume, dessa maneira, o caráter de verdadeira “ação temática”.²⁹⁷

Extrapolaria os escopos deste trabalho abordar os fundamentos e características de uma ação em que ambos os pólos são ocupados por legitimados coletivos.²⁹⁸ Convém observar, contudo, os fundamentos jurídicos pelos quais a sentença coletiva vinculará os indivíduos representados, mesmo que eles não tenham intervindo no processo.

²⁹⁶ A rigor, o segundo exemplo não veicula um caso em que há decisão política da administração, mas a hipótese é validade para ressaltar a frequência com que o direito de reação e a efetividade do processo se contrapõem.

²⁹⁷ MACIEL Jr., Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 178-185.

²⁹⁸ Estudo dessa natureza pode ser encontrado em VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008.

A judicialização de interesses contra o grupo é corolário do direito constitucional de ação. Uma vez que é concretamente possível a contraposição de interesses coletivos, não há fundamento que legitime a exclusão desse direito fundamental do potencial autor. Admitido o efetivo controle judicial sobre a adequação da conduta dos legitimados, os interesses coletivos serão debatidos em pé de igualdade no processo. Ambos serão defendidos por representantes idôneos. Por isso, merecem o mesmo tratamento processual, o que implica um regime de coisa julgada diverso daquele previsto para ações coletivas ativas.

A sistemática da coisa julgada descrita nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor foi pensada a partir da contraposição de um interesse coletivo no polo ativo a um interesse individual no polo passivo. Por isso, pensou-se num regime que privilegiasse os interesses coletivos e, ao mesmo tempo, protegesse os direitos dos membros do grupo.

Numa ação duplamente coletiva, entretanto, contrapõem-se direitos da mesma natureza em ambos os pólos. Desse modo, não se justifica qualquer mitigação à sistemática tradicional da coisa julgada. Inexiste fundamento para se promover qualquer espécie de desequiparação.

A coisa julgada, assim, operará normalmente, desvinculada da atividade probatória das partes. Dessarte, é possível vincular os indivíduos representados no polo passivo (quando de direitos individuais homogêneos se tratar), ainda que o regramento legal das ações coletivas ativas afaste essa vinculação. Na ação duplamente coletiva (que pode ser considerada uma modalidade de ação coletiva passiva), a vinculação dos representados se fundamenta no direito constitucional de ação. Afinal, defender o caminho contrário significa defender a inocuidade de uma ação contra o grupo, o que evidentemente afronta o art. 5º, XXXV da Constituição, por deixar sem tutela tais interesses.

Tal solução foi proposta originalmente por Ada Pellegrini Grinover²⁹⁹ e corroborada por Diogo Maia nos seguintes termos:

Nesta hipótese, ainda que o autor esteja defendendo direitos homoganeamente lesionados, estará defendendo-os com a mesma natureza dos direitos defendidos pelo réu coletivo, isto é, a supra-individualidade. Desta forma, pelo enfrentamento recíproco de direitos de natureza coletiva, não há falar em restrições à formação da coisa julgada.

Assim sendo, concordamos integralmente com a solução sugerida pela professora GRINOVER, que defende a formação da coisa julgada *erga omnes* tanto em caso de acolhimento quanto em caso de rejeição do pedido.³⁰⁰

Como não existe disciplina legislativa quanto ao funcionamento da ação duplamente coletiva, há que se buscar dentro do ordenamento os critérios para a solução do problema. Inexiste, nesse contexto, qualquer impedimento para que a sentença vincule também os representados no pólo passivo, desde que tenha havido adequada representação de seus interesses, de modo que sua intervenção pessoal no feito configuraria mais uma formalidade do que efetivo exercício do direito de reação.³⁰¹

²⁹⁹ “E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002, p. 9.

³⁰⁰ MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006, p. 187.

³⁰¹ No mesmo sentido, FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2010, p. 151-153.

3.3.3 Direito de influência e a limitação da decisão judicial

O binômio informação-reação, que tradicionalmente caracteriza a garantia do contraditório, representa apenas o aspecto formal desse princípio. Ambos têm a finalidade de assegurar o direito de efetivamente influir na convicção judicial. O direito de influência configura, pois, o aspecto substancial do princípio do contraditório.³⁰²

A possibilidade de participar concretamente da formação do convencimento judicial, além de ser uma garantia direcionada às partes, consiste numa importante barreira a impedir o arbítrio judicial. Ela implica que a decisão do magistrado deve ser extraída da argumentação e da atividade probatória das partes, não de uma terceira versão, construída unilateralmente pelo julgador.³⁰³

Isso responde à questão sobre a titularidade do poder de definir os contornos da decisão judicial que implementa uma decisão política. Para Mirjan Damaska,

Part of the question answers itself if one considers the effect of binding the decision maker to only those aspects of the underlying problem put to him by some other participating official. Where the problem is defined by somebody else, the decision maker may be forced to reach a decision against his better judgment (...).

Can the decision maker's control over the content of the cause be reconciled with the participation of a specialized "promoter" charged with selecting the matters that are properly to be brought before the court? The short answer is that, while the decision maker can examine all aspects of a problem brought

³⁰² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 1, p. 52.

³⁰³ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, n. 4, p. 826-848.

before him, he need not be permitted to extend his examination to a different or additional matter.³⁰⁴

O controle judicial das decisões políticas é limitado, portanto, pela atividade das partes. O processo coletivo abre oportunidade para que os poderes eleitos apresentem os argumentos e elementos de convicção que embasam suas decisões. Isso possibilita ao grupo afetado pela política pública conhecer os motivos da decisão questionada em juízo e apresentar os argumentos pelos quais ela não pode prevalecer. O Judiciário se revela, nesse contexto, um espaço de debate público entre os poderes eleitos e os grupos afetados pelas decisões políticas. A existência dessa ágora permite a construção de políticas públicas ideais, a partir da síntese dos pontos de vista aduzidos pelas partes. Explicitar aos administrados as razões que motivaram o Poder Público reaproxima o cidadão do centro de decisão política e contribui para o amadurecimento das instituições democráticas. Dessarte, *o processo jurisdicional acrescentará legitimidade argumentativa a uma decisão até então legitimada somente pelo poder da qual emanou.*

Há que se excluir do processo, desse modo, a possibilidade de decisões-surpresa – aquelas em que o julgador decide uma questão essencial com base em fundamentos não debatidos pelas partes.³⁰⁵ Isso vale inclusive para as matérias que o magistrado pode conhecer de ofício, pois, mesmo que não seja obrigação das partes alegá-las, elas têm o direito de se manifestar a respeito antes que o juiz forme sua convicção.³⁰⁶

³⁰⁴ DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 158-159.

³⁰⁵ “Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 143.

³⁰⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 1, p. 51-55.

Para não recair no formalismo, contudo, deve-se temperar essa exigência com o princípio segundo o qual inexistente nulidade sem prejuízo. O contraditório não é um fim em si mesmo. Para que de sua violação decorra uma nulidade, não basta alegar genericamente o desrespeito a essa garantia. À parte que se sinta prejudicada incumbe mencionar qual a atividade que não lhe foi permitido exercer, de modo a se aferir a existência ou não de prejuízo.³⁰⁷ Assim, respeita-se o concreto exercício dos poderes processuais das partes sem abrir margem ao culto da forma.³⁰⁸

O direito de influência, portanto, conforma a decisão judicial de modo a evitar a arbitrariedade e o temido governo jurisprudencial. O controle das decisões políticas será feito a partir dos argumentos e provas debatidos pelas próprias partes: de um lado, o grupo afetado pela decisão; de outro, o próprio Poder Público, que tem no processo a chance de evidenciar que sua escolha foi, juridicamente, a melhor dentre aquelas possíveis.

Isso não significa um retorno ao processo adversarial, em que o juiz assiste passivamente ao duelo das partes. A gestão das provas e o poder decisório continuam nas mãos do julgador, a quem compete preservar o devido processo legal substancial. Isso implica que ele está autorizado a promover desequiparações de modo a restaurar a igualdade entre as partes – inclusive a concessão de liminares *inaudita altera parte*.³⁰⁹ Ademais, a valoração dos

³⁰⁷ Rejeita-se, assim, a diferenciação entre nulidades absolutas e relativas a partir do fim público ou privado da norma violada, uma vez que o processo cuida da aplicação e produção do direito. Nesse sentido, v. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 141-142.

³⁰⁸ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, n. 4, p. 826-848.

³⁰⁹ “Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer um dano de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 147.

argumentos e evidências é tarefa que cabe somente ao juiz. Mas os limites da decisão são fixados pelas partes.

Essa nova compreensão do contraditório como direito substancial de influência redefine o próprio processo civil, na medida em que estimula um comportamento cooperativo entre partes e julgador.³¹⁰ Como este não pode decidir fora do debate processual, ele se torna um dos sujeitos do diálogo processual, não mais um mero espectador. Pode-se falar, assim, numa condução cooperativa do processo, orientada pela atividade conjunta do grupo, do Poder Público e do órgão jurisdicional, com o objetivo de construir a melhor decisão possível.

A sentença, que é fruto dessa atividade, é ato de poder construído a partir de um diálogo processual democrático e exercido com paridade de armas. Para viabilizar esse modelo, contudo, é insuficiente pensar somente nas garantias decorrentes do contraditório. Assomam também os deveres que dele se extraem.

3.3.4 Dever de colaboração

Os deveres de colaboração e de participação são decorrências lógicas do princípio da cooperação processual. Trata-se de um princípio implícito, extraído de uma concepção democrática do processo civil, que torna devida a observância dos comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e participativo.³¹¹

³¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 1, p. 55.

³¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 1, p. 78-79.

O respeito ao dever de colaboração é, teoricamente, mais fácil no processo coletivo para controle de decisões políticas do que no processo individual tradicional. Neste, há tradicionalmente duas partes em embate. Seus interesses são confrontantes, razão pela qual os litigantes tendem a levar ao processo somente os fatos que lhes beneficiam. Infelizmente, é normal – e culturalmente aceito como “dever de ofício” – que as partes escondam provas, criem embaraços à execução, ou se utilizem de expedientes processuais infundados para dilatar indefinidamente a duração do processo. Prova disso é o artigo 229 do Código Civil, que permite a qualquer pessoa deixar de depor (esquivando-se, assim, de apresentar provas em juízo), ou seja, deixar de prestar um dever público para com a Justiça, por motivos privados e frequentemente mesquinhos, como “perigo de desonra de parente” ou “risco de demanda”.³¹²

O princípio da cooperação prega, assim, que as partes adotem condutas que fogem à sua tendência de usar todos os meios disponíveis para conseguir seus objetivos egoísticos. Daí a necessidade de que o juiz se utilize de meios coercitivos para restringir os benefícios que as partes obteriam com condutas ímprobas.³¹³

No processo coletivo para controle de decisões políticas, por outro lado, não se pode falar propriamente numa contraposição de interesses entre o Estado e a coletividade. Nesse modelo, o juiz e as partes estão em posição mais propícia à colaboração mútua. Afinal, autor, réu e julgador têm interesse na obtenção da melhor política pública faticamente viável, com a menor restrição e a maior eficácia possível aos direitos e valores constitucionais.

³¹² Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

³¹³ CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. RePro, n. 126, São Paulo, RT, ago. 2005, p. 67-70.

O autor coletivo, nesse contexto, exerce a importante função de aprimorar a decisão do Poder Público apontando suas falhas. Ao judicializar a insatisfação de toda uma coletividade com a decisão política, o representante do grupo mostra ao ente estatal que a sua conduta, seja ela ativa ou omissiva, provavelmente violou direitos coletivos. Abre-se oportunidade, assim, para que o Estado considere a questão pelo ângulo dos prejudicados – algo que talvez não tenha sido observado quando da tomada de decisão.

O Poder Público, defrontando-se com a insatisfação veiculada no processo coletivo, tem condições de reavaliar sua decisão. Sua postura, num processo dessa natureza, não deve ser a de defender intransigente e irracionalmente a decisão impugnada.³¹⁴ Ora, o Estado só se justifica na medida em que busca a constante promoção do interesse público, compreendido não como o interesse egoístico da Administração (interesse público secundário), mas como o bem comum (interesse público primário). A simples impugnação em juízo da conduta do Poder Público já demonstra que sua decisão gerou descontentamento e merece ser repensada.

Obviamente, isso não significa que a mera propositura de uma ação coletiva com o intuito de controlar uma decisão política é capaz de deslegitimar essa decisão. Mas significa, sim, que o Poder Público deve se manter aberto a reavaliar suas escolhas. É comum que escolhas políticas reflitam sobre direitos, e esses reflexos nem sempre são claros *a priori*. O processo coletivo funciona, assim, como uma arena em que a questão pode ser debatida de maneira global, tomando-se em conta os interesses coletivos em jogo.

Caso avalie, mesmo após considerar os argumentos da coletividade, que sua decisão é a melhor possível, deve o Estado apresentar os argumentos e provas que a sustentam. Ou seja, compete ao Poder Público demonstrar que, embora não seja perfeita, sua decisão é a ideal – aquela que

³¹⁴ Nesse sentido, o § 2º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública faculta ao Poder Público habilitar-se como litisconsorte de quaisquer das partes, numa evidente demonstração de que ele pode colocar-se contra o agente público responsável pelo ato impugnado ou mesmo aquiescer com o pedido da coletividade, quando este traduzir o interesse público.

melhor se adéqua ao caso concreto diante das limitações fáticas e orçamentárias. Abre-se o caminho, desse modo, para o diálogo processual destinado a melhorar a decisão política mediante sua reconstrução dialética em juízo.

A partir das posições das partes pode-se vislumbrar a função do juiz, a qual consiste em garantir a participação em igualdade no contraditório, sopesar os argumentos e provas e, por fim, preservar os direitos que eventualmente foram negligenciados na decisão administrativa ou legislativa.

Há no processo coletivo para controle das decisões políticas, portanto, verdadeira confluência de interesses, uma vez que ao Estado compete realizar o interesse público e a ação coletiva demonstra que o Poder Público não conseguiu, com a decisão impugnada, respeitar determinado direito. Daí porque o dever de colaboração se adapta com mais facilidade a esse tipo de demanda do que ao processo individual tradicional.

3.3.5 Dever de participação

A compreensão do princípio do contraditório a partir de seu aspecto substancial, consistente no direito de informação, pode dar a equivocada impressão de que o caráter dispositivo do processo ressurgiu com força assombrosa, tornando o juiz refém da atividade das partes.

Embora a sentença tenha seus limites argumentativos fixados pelas partes, isso não significa que o magistrado tenha que se manter inerte durante a condução do processo. Ao contrário, o dever de participação, de cunho essencialmente ativista, impõe que a pesquisa dos fatos e a valoração jurídica da causa sejam feitas de maneira conjunta entre as partes e o julgador. Ou seja, nem a produção das provas é tarefa exclusiva das partes, nem sua

interpretação e sopesamento é incumbência única do juiz. A formação e apreciação do material cognitivo necessário para formar a convicção judicial são tarefas exercidas paritariamente e dialeticamente pelos sujeitos processuais.³¹⁵

Assoma, nesse ponto, a importância de se compreender a participação não apenas como um direito, mas também como um dever, que se impõe tanto ao juiz quanto aos litigantes.

Ao juiz, o dever de participação determina que, diante de fatos ainda não esclarecidos após a colheita da prova, abra às partes a oportunidade de produzirem novos elementos de cognição, ou, caso necessário, que determine a produção de prova de ofício. Não basta ao magistrado utilizar a regra do ônus da prova quando esta pode ser obtida por outros meios que não aqueles já utilizados pelas partes. Impõe-se ao julgador o poder-dever de esclarecer os fatos do litígio, o que exige dele uma postura ativa e comprometida com o objeto da ação.³¹⁶

Às partes, diferentemente, o dever de participação implica que sua atuação no processo seja pautada pela lealdade processual e pela boa-fé objetiva. Em outras palavras, o dever de participação qualifica o exercício do direito de influência. Enquanto este assegura que as partes possam efetivamente contribuir para a formação da convicção judicial, aquele exige que essa contribuição seja exercida de maneira leal e íntegra.

É vedado aos litigantes, portanto, ocultar provas e informações necessárias para o julgamento da causa, ainda que esses elementos de convicção sejam contrários a seu interesse egoístico. É seu dever, por exemplo, fornecer todos os dados e argumentos necessários ao estudo da viabilidade do pedido coletivo ou sua afronta à reserva do possível.

³¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139-142.

³¹⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 333.

O dever de participação evidencia, pois, que não há uma retomada do princípio dispositivo no direito processual contemporâneo. Ao contrário, o processo civil hodierno é marcado por uma boa dose de ativismo judicial, já que o juiz tem por dever o esclarecimento dos fatos e de sua valoração jurídica, e das partes se exige o exercício leal e de boa-fé de suas posições processuais. Tais deveres decorrem do interesse público na resolução da demanda objeto do processo.³¹⁷

No processo coletivo para controle de decisões políticas, o dever de participação ganha ainda maior relevo. Nesse tipo de demanda, marcada pelas restrições fáticas e pelas limitações orçamentárias, frequentemente o que se discute não é se o Estado deve ou não implementar um direito, mas em que medida ele deve ser concretizado. O objeto do processo geralmente consiste, pois, em considerar qual conduta do Poder Público, dentre várias possíveis e juridicamente corretas, materializa satisfatoriamente um direito coletivo.

Diante de diversas possibilidades concretas de solução do litígio, há que se legitimar a escolha de uma delas pelo magistrado. O dever de participação, nesse contexto, possibilita que o julgador construa, em cooperação com a coletividade e com a Fazenda Pública, a solução de maior racionalidade prática.³¹⁸ Trata-se, portanto, de um dever que, inobstante reconheça à decisão judicial sua imperatividade como manifestação do Poder

³¹⁷ “No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Verifica-se com clareza essa conseqüência ao se examinar, por exemplo, a concepção ínsita ao processo liberal. Esta, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, não só atribuía às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória, restringindo por via de conseqüência de maneira significativa os poderes do órgão judicial”. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 137.

³¹⁸ Embora discordemos da impossibilidade de o juiz impor à Administração a adoção de determinada conduta, merece nota a posição de Nagibe de Melo Jorge Neto, que igualmente vê na busca do consenso a nota essencial ao processo destinado a controlar decisões políticas: “Constatada que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos cause às demandas políticas e programas em curso”. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 156.

Estatal, destaca a importância de que ela se legitime também por sua “força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo”.³¹⁹

3.4 Atividade Probatória

Como fenômeno nomotético, o Direito nasce dos fatos e os normatiza.³²⁰ O acerto dos fatos é, assim, pressuposto lógico à aplicação do direito. Desse modo, embora a coisa julgada torne imutável apenas o dispositivo da sentença, sua extensão objetiva somente pode ser compreendida tendo em conta também a motivação, na qual se dá a subsunção e ponderação dos fatos necessários ao julgamento à norma regente.³²¹

A importância e complexidade da atividade probatória, no plano coletivo, se exacerbam em relação ao processo individual. Basta perceber que, por tratar de questões amplas como a potencial nocividade de produtos, dano ao meio ambiente ou lesividade de determinado ato ao patrimônio público, a demanda coletiva exige a demonstração de fatos de difícil comprovação. Afinal, o processo coletivo comprometido com a reforma estrutural não deve se restringir à reparação, *v.g.*, de um dano ambiental. Seu foco está voltado à implementação das condições necessárias e suficientes para evitar que novo dano ocorra.

³¹⁹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 341.

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006, p. 340.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 655-658.

É fundamental, assim, destacar as peculiaridades da prova no processo coletivo destinado a controlar decisões políticas. Releva, neste ponto, fixar que tipo de fatos são objeto da prova, os meios de prová-los e sua influência na posterior indiscutibilidade do feito. Há que se analisar também o conteúdo jurídico do dever de informação, a distribuição dinâmica do ônus da prova e sua relação com as presunções de veracidade de que goza a Fazenda Pública. Todas essas questões repercutem na decisão da causa.

3.4.1 Objeto da prova e prova estatística

Para definir o objeto da prova, é necessário compreender o raio de eficácia da sentença coletiva. Desse modo, importa esclarecer quais são os fatos relevantes numa demanda coletiva, uma vez que eles são diferentes daqueles a serem comprovados no plano individual. Isso porque a causa de pedir e o pedido que identificam uma ação coletiva são necessariamente diversos daqueles que integram uma demanda individual.

A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos a que o autor atribui a produção dos efeitos jurídicos por ele visados. Há, portanto, uma causa de pedir remota (os fatos) e uma causa de pedir próxima (as conseqüências jurídicas desse fato).

Quando se propõe uma ação para tutela de direitos metaindividuais, as conseqüências jurídicas advindas do fato que ensejou a demanda são necessariamente diversas das conseqüências jurídicas individuais, ainda que decorrentes do mesmo acontecimento. Daí por que o pedido também é distinto nessas duas esferas.

Imagine-se, ilustrativamente, uma ação individual ajuizada contra a União para reparação dos danos causados pela culposa liberação de

medicamento capaz de causar má-formação fetal. Para a procedência da demanda, importará comprovar, em síntese: 1) que o remédio foi liberado pela autoridade competente (conduta); 2) que o autor efetivamente sofreu má-formação (dano); 3) que sua má-formação decorreu dos efeitos da medicação (nexo de causalidade entre a conduta e o dano).

Tanto a prova da conduta quanto a prova do dano são necessárias também no processo coletivo. Quanto à prova da causalidade, todavia, há uma diferença. A depender da contestação, pode ser necessário ao indivíduo evidenciar, além do potencial lesivo do medicamento (causalidade genérica), a inoportunidade de outros fatores que influenciam o desenvolvimento fetal, como interação alcoólica, abuso de drogas, predisposição genética, dentre outros. Ou seja, caberá, em princípio, ao indivíduo, demonstrar que sua deficiência foi causada especificamente pelo medicamento em questão (causalidade específica).

Já numa ação coletiva para tutela do direito difuso à saúde, a discussão será ambientada num espaço mais amplo. A atividade probatória, por conseguinte, acompanha essa tendência. Imagine-se, tomando por base a situação acima exposta, que o pedido coletivo consista na cassação do registro desse medicamento e sua imediata retirada do mercado. Como o litígio é discutido no plano coletivo, não há necessidade de individualização dos danos. O fundamental, aqui, é demonstrar o risco de violação do direito difuso à saúde – no caso em questão, especificamente, demonstrar que o medicamento causa má-formação fetal. Daí se falar na fixação de uma causalidade genérica.

A causalidade pode ser compreendida como um mecanismo explicativo que expõe de forma lógica a conexão entre uma causa e um evento.³²² A diferença da causalidade direta para a genérica está no fato de que esta reconhece, por exemplo, que o tabagismo causa câncer; que o princípio ativo talidomida causa má-formação fetal; que o agrotóxico BHC ataca o sistema nervoso central; que o contato direto com a fibra de amianto causa

³²² ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 17-59.

doenças pulmonares. Ou seja, não se desce ao nível das individualidades para verificar se o câncer de determinado sujeito foi causado pelo tabagismo ou por pré-determinação genética; se a deficiência de outro indivíduo é decorrente do uso de talidomida por sua mãe ou se é fruto de abuso de drogas durante a gestação, e assim por diante.

O processo coletivo, nesse sentido, restringe as possibilidades argumentativas de modo a centrar-se somente na controvérsia coletiva. Como o debate fica restrito à comprovação da conduta, do dano e da causalidade genérica, excluindo-se discussões individualizadas, ganha relevo a prova estatística como meio apto a trazer a juízo informações seguras para o controle das decisões políticas mediante ação coletiva.

Prova estatística, ou por amostragem, segundo Antonio Gidi, é uma técnica conhecida nos Estados Unidos como

Probabilistic proof ou *statistical evidence*. Trata-se de instrumento particularmente importante no caso de responsabilidade civil em massa causada por produtos químicos (*mass toxic tort*), em que um grupo numeroso de pessoas consumiu ou foi exposto a produtos químicos fabricados por várias empresas diferentes. Em alguns casos, não há como comprovar cientificamente a relação causal entre o produto e o dano sofrido por cada membro do grupo (*indeterminate plaintiff*), mas há uma prova estatística de que o dano ocorre entre os membros do grupo em uma incidência maior que no resto da sociedade. Em outros casos, os membros do grupo sabem qual foi o produto químico que causou o dano, mas não se sabe ou não se pode provar qual empresa produziu o produto que causou o dano a cada membro do grupo (*indeterminate defendant*).

Através da *probabilistic proof*, é possível julgar a controvérsia de um grupo indeterminado de pessoas, contra todas as empresas que fabricaram o produto. Não somente é possível fazer uma prova estatística ou epidemiológica de que o dano ao grupo efetivamente ocorreu e determinar a sua causa, como também é possível distribuir a responsabilidade de cada réu proporcionalmente à fatia de mercado de cada um (*market share theory*): o réu com 25% do mercado pagará por 25% e o réu com 3% do mercado pagará 3% do valor total dos danos causado ao grupo como um todo.³²³

³²³ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

Note-se como essa técnica se adapta também aos casos em que se pede a proibição de uso de determinado produto químico – seja ele um medicamento, um defensivo agrícola ou um composto usado na fabricação de outros produtos. Tanto a proibição quanto a liberação de uso são decisões políticas que interagem com direitos assegurados constitucionalmente. A prova estatística, assim, pode fornecer dados valiosos para que se defina se a decisão do Poder Público viola ou não um direito coletivo.

Desse modo, ainda que não haja certeza científica acerca do poder carcinogênico de um defensivo agrícola, é possível estatisticamente comprovar a maior incidência de câncer nos membros do grupo expostos a esse agente. Possibilita-se, assim, que se controle judicialmente a decisão sobre liberação ou restrição de uso de agentes químicos, como medicamentos e insumos.

A prova estatística é uma ferramenta de grande valia, ainda, na aferição da gradativa promoção dos direitos fundamentais. Afinal, esses dados permitem aquilatar o desenvolvimento do sistema sanitário, do sistema de saúde, do acesso à educação, à energia elétrica, a hospitais, dentre outros direitos sociais fundamentais. A análise comparativa de tais informações no tempo e no espaço constitui sólido material cognitivo a indicar a eficácia dos programas de ação desenvolvidos pelo Poder Público.³²⁴

Percebe-se, assim, que a prova estatística ou por amostragem é uma ferramenta essencial ao controle judicial de políticas públicas, e que se

³²⁴ “Ainda, a prova estatística é de grande utilidade no monitoramento da aplicação do *postulado do desenvolvimento progressivo* dos direitos fundamentais. A realização de estatísticas é indispensável para medir o sentido e a eficácia da política pública. Por exemplo, para se saber se o Estado cumpre com a obrigação de concretizar, progressivamente, o direito à saúde pública, são necessários dados relativos ao nível de cobertura do sistema sanitário, os índices de mortalidade infantil, de incidência de doenças infectocontagiosas, epidemias etc., bem como a sua comparação com dados relativos à matéria em outros períodos. Tal controle permite saber se as políticas públicas, voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, são adequadas, suficientes e capazes de realizar integralmente os direitos previstos na Constituição. Também possibilitam a comparação dos percentuais orçamentários destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais com outros gastos públicos, considerados socialmente menos relevantes”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 352-353.

adapta perfeitamente ao processo coletivo, uma vez que o debate processual é limitado à determinação da causalidade genérica, prescindindo da definição da causalidade direta.

3.4.2 Falibilidade científica e insuficiência de provas: a vinculação da coisa julgada à realidade material

A possibilidade de julgamento de uma causa independentemente da existência de certeza científica quanto a seus fundamentos leva a uma necessária digressão acerca dos limites do conhecimento científico e sua relação com a coisa julgada. Afinal, a atividade probatória, no processo coletivo, possui tanta importância que mereceu tratamento dinâmico pelo Código de Defesa do Consumidor. Interfere até mesmo na extensão da coisa julgada a terceiros – a chamada extensão *secundum eventum litis*. Por esse motivo, em vez de se abordar o tema da coisa julgada ao final do estudo, como seria esperado, opta-se por fazê-lo já, em conjunto com o exame da atividade probatória.

A modernidade trouxe em seu bojo a fé nas descobertas científicas. O homem, por meio de sua racionalidade, seria capaz de desenvolver métodos aptos a captarem a verdade. Esse mito, contudo, ignora a historicidade da ciência, que é em si mesma um produto cultural.

A falibilidade da ciência decorre de uma fragilidade inerente ao método científico: nenhuma teoria é neutra. Ao contrário, “teorias são redes: só quem as lança colhe alguma coisa”. A frase de Novalis, escolhida por Karl Popper para abrir sua *Lógica da Pesquisa Científica*, deixa transparecer que os resultados são determinados pelo método.

Teorias são construídas em razão do objetivo que visam a atingir. Por isso, não são imparciais, por mais objetivas que tentem ser. A cientificidade de uma afirmação, portanto, decorre não de seu conteúdo, mas do método adotado para atingi-lo.³²⁵ Uma vez que esse método não garante a veracidade da conclusão, tampouco é possível eximir-se de encará-la com ressalvas.

A prova por amostragem, embora seja uma técnica extremamente bem adaptada às necessidades do processo coletivo, ilustra bem os limites do conhecimento científico, uma vez que é fundada no raciocínio indutivo.

O princípio da indução consiste, em rápidas linhas, em passar do particular para o geral; em saltar de enunciados singulares para enunciados universais; de alguns para todos; do visível (dados) para o invisível (teorias). Essa passagem, no entanto, não é racional. A afirmação sobre o todo não está contida na afirmação sobre a parte. Como afirma Popper, “independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que *todos* os cisnes são brancos.”³²⁶ Não há razão capaz de explicar por que um determinado padrão continuará se repetindo infinitamente. O salto do singular para o universal não é lógico.

Para perceber a ilogicidade do método indutivo, basta notar que as leis gerais podem refletir uma correlação, e não a efetiva causalidade.³²⁷ Se a um evento A invariavelmente sucede um evento B, não se pode dizer que o primeiro necessariamente é causa do segundo. Ambos podem ser, em verdade, efeitos comuns de um terceiro evento. Por exemplo, a observação de que um raio sempre antecede o trovão pode levar à falsa conclusão de que o primeiro é causa do último.

O que fica implícito nessa relação ilógica é que a ciência parte de crenças. Toda afirmação sobre o desconhecido apóia-se, necessariamente, no

³²⁵ ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 120.

³²⁶ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 28.

³²⁷ ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 17-59.

conhecimento já existente. Quando se salta em direção ao nada seguindo o método indutivo, no entanto, não há em que se apoiar, a não ser na expectativa de que os padrões observados pela experiência continuem se repetindo.³²⁸ É nesse contexto que Lancelot Law Whyte afirma que “o místico crê num Deus desconhecido. O pensador e o cientista crêem numa ordem desconhecida. É difícil dizer qual deles sobrepuja ao outro em sua devoção não-racional”.³²⁹

Isso não significa que o método indutivo deve ser abandonado, por não ser absolutamente racional. Não fosse a indução, jamais se poderia passar do particular ao todo. Não haveria expansão do conhecimento, tampouco previsibilidade. Uma expressiva parcela do universo ficaria inacessível, uma vez que o caminho inverso (a dedução, que vem do todo para o particular), sozinho, é incapaz de produzir o novo conhecimento, mas apenas de explicitar o que estava implícito nas “verdades” aceitas.

O que se busca é demonstrar que a ciência é falível, e que por mais objetivos que sejam seus métodos, ela nunca pode pretender atingir a verdade.³³⁰ Primeiro, porque suas premissas podem ser questionadas. Em segundo lugar, porque ela nunca será imparcial. E, por fim, porque a indução é tão ilógica quanto qualquer conhecimento religioso ou de senso comum, só

³²⁸ “Uma teoria científica tem sempre a pretensão de oferecer uma receita *universalmente válida, válida para todos os casos*. Essa exigência de universalidade tem a ver com a exigência de *ordem* (...). Leis que funcionam aqui e não funcionam ali não são leis, e um universo que se comporta de uma forma em certos momentos e de outra forma em outros não é um cosmos”. ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 56.

³²⁹ L. L. Whyte, citado por Rubem Alves.

³³⁰ “O paradigma é uma realidade de dupla face: de um lado, ele coincide com a representação do objeto e se propõe a “dizer a verdade” sobre esse objeto; por outro lado, se assenta sobre o consenso da comunidade da disciplina [comunidade científica]. A referência ao consenso é particularmente sugestiva porque destaca o fato de que as teorias se afirmam não apenas em virtude de uma demonstração racional incontroversa, mas também pela técnica (essencialmente retórica) da persuasão. A história de uma teoria é, portanto, uma história de estratégias argumentativas múltiplas, onde demonstrações rigorosas, procedimentos metafóricos e avaliações se entrelaçam. Exatamente por isso a história das teorias não pode se resolver por uma desencarnada *Ideengeschichte*, mas é forçada a levar em conta de algum modo as configurações e a dinâmica daquele grupo social (a comunidade da disciplina) que é a fonte de um determinado saber e da qual o saber extrai a sua própria identidade e função social”. COSTA, Pietro. *Uma Questão de Método: a relação entre teoria e historiografia*. Disponível em <<<http://xa.yimg.com/kq/groups/19089365/888629227/name/Uma+quest%C3%A3o+de+m%C3%A9todo+Pietro+Costa-tradu%C3%A7%C3%A3o-UnB.pdf>>>. Acesso em 29/12/2010.

para citar dois campos tachados pelos cientistas como de menor valor intelectual.

Toda essa digressão demonstra que, no direito processual coletivo, não se pode pretender sustentar uma sentença absolutamente divorciada da realidade. Como a coisa julgada tem um tratamento legislativo conexo à suficiência de provas, é preciso aproveitar-se da sabedoria do legislador e vincular a coisa julgada à realidade material.

Ora, a insuficiência de provas impede a formação de coisa julgada coletiva. Isso significa que não há distribuição de ônus da prova (aqui compreendido como regra de julgamento): em havendo um *non liquet*,³³¹ ainda que não expressamente declarado pelo juiz, a causa permanecerá aberta à rediscussão.

A suficiência ou insuficiência de provas, nesse sentido, deve ser aferida materialmente diante do caso concreto. Uma declaração judicial acerca da suficiência de provas não faz da sentença um ato mais resistente a futuras impugnações. Caso outro legitimado coletivo tenha acesso a provas capazes de alterar o resultado do julgamento em favor da coletividade, a mera afirmação do juiz de que a atividade do legitimado anterior foi suficiente não afasta a possibilidade de reabertura do caso.³³²

³³¹ Quando se propõe uma ação judicial, faz-se um pedido ao Estado para que promova a alteração de um *status quo*. Essa alteração pode ocorrer no plano jurídico, mediante provimentos declaratórios (eliminando um estado de incerteza), constitutivos (criando, modificando ou extinguindo relação jurídica) ou condenatórios (declarando um direito e constituindo um título), ou no plano fático, mediante provimentos mandamentais e executivos (as chamadas tutelas de prestação).

Nesse sentido, uma “improcedência” desprovida do manto da coisa julgada não pode ser considerada um julgamento de mérito, mas um *non liquet*, eis que o juiz se arroga o direito de não interferir no *status quo* até que se obtenham maiores provas acerca do litígio. Sobre a distinção entre tutelas que operam no mundo do direito e tutelas que operam no mundo concreto, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, pp. 93-99.

³³² Nesse mesmo sentido é o escólio de Elton Venturi: “De fato, há disseminada compreensão doutrinária segundo a qual a formação da coisa julgada material nas demandas coletivas, em caso de improcedência, estaria imprescindivelmente condicionada à expressa menção do órgão julgador, por ocasião da fundamentação, a respeito do resultado das provas apuradas no feito: assim, se se afirmasse sua insuficiência ou deficiência, não incidiria a autoridade da coisa julgada; esta ocorreria, por outro lado, caso mencionasse o magistrado que a improcedência do pedido decorreria da suficiência probatória.

Antonio Gidi, nesse sentido, afirma:

Em inúmeros casos em que o magistrado diz expressamente ser infundada a pretensão, na verdade, o que ocorreu foi uma incompetente (voluntária ou involuntariamente) instrução do processo, aliada a uma deficiente argumentação para demonstrar que as provas e os argumentos da parte contrária eram falsos. E não será porque o juiz, equivocadamente, não se pronunciou expressamente a respeito da insuficiência de provas que não terá sido exatamente isso o que ocorreu (...). Não é o juiz do caso quem está mais habilitado a dizer se ele mesmo dispunha, ou não, de material probatório suficiente para formar o seu convencimento. A realidade dos fatos sempre fica obscurecida quando quem quer conhecê-la dela faz parte. Não é por outro motivo que o julgador deve ser, sempre, um 'terceiro desinteressado', alheio à lide. Enfim. Não deixa de estar julgando por insuficiência de provas o magistrado que, equivocadamente, pensa estar diante de todo o material probatório disponível para aquele caso concreto.³³³

Também é digno de nota o escólio de Hugo Nigro Mazzilli, dada a proximidade do exemplo que formula com aqueles utilizados para ilustrar o mecanismo da prova estatística:

Suponhamos que uma sentença desacolha uma ação civil pública que vise a impedir a pulverização de uma região com um agrotóxico, porque o juiz o considera, com base na prova dos autos, como não prejudicial à saúde humana. No caso, a improcedência não teria sido por falta de provas, mas sim porque a prova diz que o agrotóxico não é danoso ao ser humano. Essa

Tal concepção causa inegável *perplexidade*, sobretudo por se escorar em critério meramente *formal* (constar, ou não, do corpo da sentença a apuração do resultado das provas examinadas pelo juiz), ignorando, por vezes, a absoluta inviabilidade lógica e prática de a referida apuração ser levada a cabo ainda por ocasião do julgamento da primeira ação coletiva ajuizada.

Se não constitui tarefa difícil ao juiz concluir pela *insuficiência* ou *deficiência* das provas, para o fim de julgar improcedente o feito, não parece razoável, nem lógico, imaginar-se que tenha condições de afirmar, por ocasião da prolação da sentença, peremptória e definitivamente, que as provas produzidas foram *suficientes* para demonstrar a improcedência dos pedidos deduzidos.

(...)

Deseja-se afirmar, pois, que a *aferição sobre a possível suficiência probatória idônea à conclusão da improcedência da sentença que aprecia a lide coletiva só é factível sob uma perspectiva retrospectiva*, vale dizer, por ocasião da apreciação da nova ação coletiva, quando, então, se poderá cotejar a instrução probatória anteriormente realizada com as novas provas apresentadas". VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 387-388

³³³ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133.

sentença transitada em julgado. Antes de ser feita a pulverização, novos estudos científicos fazem a prova que faltou à sentença, demonstrando que esse agrotóxico dizimará a população (...). Vamos cumprir a coisa julgada? Ora, não se pode admitir, verdadeiramente, a formação de coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade (...).³³⁴

Como se observa, não é a declaração judicial de suficiência da atividade probatória do legitimado coletivo que determinará a impossibilidade de trânsito em julgado de uma decisão. A suficiência da atividade probatória é conceito a ser analisado de forma global, diante do caso concreto. Portanto, pode ser aferido e impugnado após a prolação da sentença, ainda que ela declare expressamente ter resolvido o mérito com base em prova robusta.

3.4.3 Dever de informação e presunção de veracidade dos atos administrativos

O efetivo controle das decisões políticas depende da existência de dados que reflitam a realidade e forneçam informações confiáveis sobre o grau de concretização dos direitos fundamentais, dos resultados já alcançados e das condições orçamentárias do Estado. Sem tais informações, de nada adianta estabelecer parâmetros para o controle das políticas públicas. Sua aplicação depende da prévia cognição sobre os recursos públicos disponíveis, a previsão e a execução orçamentárias.³³⁵

Incumbe ao Poder Público, nesse sentido, divulgar informações *adequadas* sobre receitas e despesas públicas.³³⁶ Não basta a publicação de

³³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 470.

³³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 105, abr./jun. 2005.

³³⁶ Há determinações normativas expressas nesse sentido nos artigos 70 e 162 da Constituição, além de diversos artigos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

tabelas sem que se possa comprovar a destinação dos recursos. O dever de prestar uma informação adequada, de maneira compreensível e transparente, decorre do direito fundamental de acesso às informações de interesse público.³³⁷ Desse modo, permite-se ao cidadão o controle político dos atos do Poder Público e, ao Judiciário, o controle jurídico, na medida em que possibilita verificar-se a eficiência mínima das políticas públicas.³³⁸

Se esse dever já existe extraprocessualmente, dentro do processo ele se torna ainda mais evidente. Como a revisão judicial das decisões políticas mediante ação coletiva toma o litígio de maneira global, a decisão deve ser embasada em dados confiáveis, que permitam aferir a real situação dos direitos discutidos. Compete ao Poder Público, assim, fornecer as mais completas informações, de modo a demonstrar o acerto de sua decisão e, simultaneamente, subsidiar o julgador com os dados necessários para avaliá-la.

O dever de fornecer informações adequadas é, portanto, uma especial manifestação do dever de colaboração, que por sua vez remonta ao princípio da cooperação processual, aplicado à atividade probatória. Não se trata de um simples dever moral ou de um problema de ordem pragmática, mas de um dever jurídico, “já que o dever de prestar contas é um dever de natureza jurídica que, como tal, pode ser coativamente exigido”.³³⁹

Naturalmente, embora a necessidade de cooperação do Poder demandado seja mais sensível para a obtenção de informações orçamentárias, tal incumbência extrapola os limites do direito financeiro e engloba qualquer dado que se mostre necessário ao correto julgamento da causa.

³³⁷ “Salvo situações excepcionais, *e.g.*, de despesas relacionadas com a segurança nacional, cujo sigilo seja constitucionalmente justificado, os cidadãos têm o direito subjetivo de dispor de informação sobre a receita pública existente e as despesas planejadas e realizadas pelos órgãos governamentais. De forma muito simples, o cidadão tem o direito de saber de quanto dinheiro o Estado dispõe e em que ele está sendo gasto”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 107, abr./jun. 2005.

³³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 422.

³³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 107, abr./jun. 2005.

A técnica processual a ser utilizada para obter do Poder Público os dados capazes de demonstrar a legalidade ou ilegalidade de sua decisão pode ser encontrada na disciplina da exibição de documentos (arts. 355 e seguintes, 399, 844 e 845, todos do Código de Processo Civil). Assim, *v.g.*, instada uma Administração Municipal a relacionar todos os ocupantes de cargo em comissão e a discriminar suas funções, deve fazê-lo sob pena de o juiz admitir como verdadeiros os fatos que, por meio desse documento, se pretendia provar.

A importância dessa construção reside no fato de que, recusando-se o Poder Público a cooperar com a produção de provas, a consequência será a extinção da presunção de veracidade de que goza a Fazenda Pública em juízo. Trata-se, portanto, de um importante instrumento processual a estimular a cooperação processual, principalmente quando uma prova essencial está nas mãos da parte contrária.

Note-se, por fim, ser inadequada a referência a um direito de não produzir prova contra si mesmo. Com efeito, “não existe a garantia de exoneração do dever de colaborar com o Judiciário, no aporte de provas ao processo, *mesmo que sejam prejudiciais à parte que as traz. Ao contrário, a garantia (...) apenas se limita aos casos em que a exibição da prova pela parte (...) possa acarretar-lhe risco de sofrer ação penal (...)*”.³⁴⁰ Desse modo, tal garantia não se aplica ao Poder Público – não apenas porque é controvertida a possibilidade de se aplicar sanção penal a pessoas formais, as quais não passam de ficções jurídicas,³⁴¹ mas também porque, conforme exposto alhures, os interesses do Poder Público e da coletividade não são contrapostos. Ambos convergem em direção à obtenção do interesse público, cujo conceito será construído dialeticamente no curso do processo coletivo.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 332.

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 389-390.

3.4.4 Distribuição dinâmica do ônus da prova

De acordo com a norma descrita no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova compete ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e, ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Equivale isso a dizer que, ao autor, cabe provar as alegações sobre os fatos que constituem, segundo ele, sua causa de pedir. E, ao réu, incumbe provar as alegações que fizer em sua defesa substancial indireta. Nesse sentido, é comum dizer-se que o ônus da prova é daquele que alega – ou, mais precisamente, daquele que tem o ônus de alegar, uma vez que o ônus de provar o fato difere do ônus de alegar o fato.³⁴² O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato.³⁴³

Esse tratamento legislativo pré-define uma forma de valoração do material cognitivo para que o juiz possa julgar a causa mesmo quando não se atinja uma convicção de verdade. Como o magistrado não pode deixar de sentenciar, a regra do ônus da prova dá a ele uma saída, indicando quem deve sofrer as conseqüências por não ter produzido satisfatório material probatório.³⁴⁴

O artigo 333, dessa maneira, estabelece uma distribuição estática do ônus da prova, uma vez que leva em consideração a posição das partes, o interesse no reconhecimento do fato a ser provado, sua natureza (se

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 316.

³⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 352.

³⁴⁴ “A distribuição do ônus da prova conforme a *posição da parte em juízo* e quanto à *espécie do fato* do art. 333 do CPC está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*; art. 126 do CPC) – do que com a *tutela* do direito lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a *dificuldade* ou a *impossibilidade* de a parte ou de o fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados”. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 340-341.

constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), mas não se abre às peculiaridades do direito material ou do caso concreto.³⁴⁵

O artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente, prevê expressamente a possibilidade de modificação do ônus da prova em caso de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. Essa regra permite se pensar num tratamento dinâmico do ônus da prova *sempre que o direito material ou as condições do caso concreto assim recomendarem*, uma vez que não apenas as relações de consumo merecem esse tratamento. Assim, independentemente de previsão legal expressa, o ônus da prova pode ser modificado em razão do dever judicial de construir um procedimento adequado e aderente às necessidades do direito material.³⁴⁶

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se adéqua perfeitamente à tutela coletiva, uma vez que permite imputar a produção da prova à parte com maior facilidade (técnica ou econômica) para fazê-lo.³⁴⁷ Atribui-se, assim, a prova do fato à parte que em melhores condições está para demonstrá-lo.

Essa teoria pode ser aplicada às ações coletivas ajuizadas para controlar decisões políticas a despeito da indisponibilidade do interesse público. Isso porque, conforme já argumentado, tanto o interesse do Poder Público quanto o da coletividade podem ser entendidos como tendentes à consecução do interesse público. Desse modo, diante de direitos de igual hierarquia, inexistente motivo para se promover qualquer desequiparação a partir do estabelecimento de presunções em favor do Estado.

³⁴⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 353.

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 273.

³⁴⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 355.

3.5 Atuação da Tutela

O controle judicial de decisões políticas pode ser feito mediante quaisquer espécies de tutela: inibitória, preventiva executiva, reintegratória (ou de remoção do ilícito), ressarcitória, ou, ainda, mediante tutela da obrigação contratual de fazer e não fazer na forma específica.³⁴⁸ Tais tutelas são prestadas por meio dos provimentos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo. Os provimentos judiciais, desse modo, são técnicas por meios das quais o Judiciário pode prestar a tutela específica dos direitos.

De fato, o controle de uma decisão política pode ser feito exclusivamente no plano jurídico, hipótese em que serão adequados os provimentos declaratório, constitutivo e condenatório.³⁴⁹ Esse é o caso, e.g., da declaração de nulidade ou anulação de um edital de licitação. A elaboração desse documento veicula uma série de escolhas políticas da Administração, que a ele fica vinculada após a publicação.³⁵⁰ Ao se anular ou declarar a nulidade de uma dessas escolhas veiculadas no edital de licitação, controla-se uma decisão política da Administração mediante um provimento respectivamente constitutivo ou declaratório. Pode-se ainda imaginar a hipótese de restituição de valores à Fazenda Pública, caso a conduta do agente público configure improbidade administrativa. Nesse caso, estar-se-á diante de uma tutela ressarcitória instrumentalizada por um provimento condenatório.

Para os casos em que seja necessário ordenar um fazer ou não fazer, de outra parte, mostram-se adequadas as técnicas destinadas a operar

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

³⁴⁹ Acerca da divisão entre provimentos destinados a operar no plano jurídico e provimentos que interferem no plano fático, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 93-99.

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 543 e ss.

no plano fático. Entram em cena, aqui, os provimentos mandamental e executivo, os quais veiculam o poder de *imperium* estatal.³⁵¹

O ordenamento brasileiro prevê um sistema aberto de meios coercitivos, tanto para a tutela de direitos individuais (art. 461 do CPC) quanto para a tutela de direitos metaindividuais (art. 84 do CDC). A atuação da tutela, portanto, não depende de técnicas tipificadas. É a configuração fática que determinará qual a maneira mais efetiva de influir na vontade do ordenado para que ele cumpra a decisão judicial, ou mesmo de concretizá-la independentemente da colaboração do réu.

Quando se trata de uma ordem expedida contra o Poder Público, contudo, certas complexidades influenciam na efetividade dos meios tradicionalmente usados para sancionar o descumprimento da ordem judicial. Por isso, é fundamental abordar, ainda que restringindo a análise aos pontos sensíveis de cada instituto, alguns dos meios colocados à disposição do magistrado para atuação da tutela coletiva.

3.5.1 A multa coercitiva

A cominação de multa se tornou um dos principais instrumentos utilizados pelo Judiciário para emprestar força coercitiva às suas decisões. Apesar disso, não se pode afirmar que ela esteja isentas de graves problemas, que limitam sua eficácia. Felizmente, grande parte desses problemas não é estrutural, mas decorre de uma má compreensão da teleologia do instituto.

A eficácia da multa como um meio de coerção contra o Poder Público esbarra em dois empecilhos principais: 1) seu direcionamento contra a

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 41-49.

pessoa jurídica gera um sentimento de impessoalidade que não mobiliza o agente público a cumprir a ordem judicial; 2) sua reversão em favor da parte vincula a exigibilidade da multa ao trânsito em julgado da decisão que a impôs, o que faz com que a ameaça perca o caráter de imediatidade e, conseqüentemente, a força coercitiva. Para superar essas deficiências e fazer com que a multa seja um instrumento efetivo de apoio ao controle das decisões políticas, há que se propor uma nova conformação para ela.

A multa coercitiva consiste num meio de emprestar força executiva à determinação judicial. Não tem qualquer caráter ressarcitório, daí sua desvinculação com o valor da causa. Como sua função é induzir o cumprimento da ordem judicial tornando financeiramente desvantajosa a resistência, ela é dotada de plasticidade para se adaptar à vontade do ordenado. Em outras palavras, a multa visa a induzir um comportamento futuro, e não a reparar um comportamento passado.

Tais considerações acerca da finalidade da multa coercitiva são importantes para compreender três pontos ainda polêmicos: quem é o beneficiário do valor da multa, quem pode ser destinatário da ordem e como ela pode ser exigida.

É possível encontrar, no direito comparado, figuras mais ou menos semelhantes à multa coercitiva brasileira. Interessam mais diretamente as *Zwangsstrafen* do direito alemão (§ 890 da ZPO) e as *astreintes* do direito francês.

Ambos os institutos se constituem em penas pecuniárias que visam a coagir o réu a cumprir a determinação judicial. Há, contudo, diferenças estruturais e históricas entre eles. A primeira diz respeito ao seu âmbito de aplicabilidade: enquanto as *Zwangsstrafen* se destinam somente aos fazeres infungíveis e às obrigações de não fazer, as *astreintes* não possuem qualquer

limitação. A segunda, e ainda mais relevante, é o próprio destinatário da multa. No direito alemão, ela é revertida ao Estado. No direito francês, à parte.³⁵²

Parece ser evidente que a multa coercitiva do direito brasileiro possui características híbridas. Embora seu campo de atuação seja ilimitado e, assim, a multa possa, em princípio, acompanhar toda ordem judicial,³⁵³ tem-se entendido que seu valor deve ser revertido à parte.

Uma breve análise histórica, contudo, demonstra que, fora o campo ilimitado de atuação, a multa coercitiva brasileira em mais nada se assemelha à *astreinte*. Isso porque o instituto francês resultou, em última análise, de um desvirtuamento da tutela indenizatória.³⁵⁴

O *Code Napoléon* estabelecia, em seu artigo 1142, o que viria a se tornar o dogma da incoercibilidade das prestações: “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”. Diante da impossibilidade de outro tipo de tutela que não a ressarcitória, a jurisprudência francesa desenvolveu as *astreintes* – medidas coercitivas de caráter geral destinadas a forçar o devedor ao adimplemento. Desde o início, entretanto, este instituto foi entendido confusamente como medida de execução indireta da sentença, razão pela qual tradicionalmente seu valor reverteu à parte.³⁵⁵ O equívoco foi desfeito somente em 1959, pela Corte de Cassação francesa, e os instrumentos de coerção e de reparação só foram definitivamente separados com a edição da Lei 72-226, de 1972.³⁵⁶

³⁵² TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*, nº 59. São Paulo: RT, jul.-set. 1990, p. 81.

³⁵³ Registre-se a existência de corrente doutrinária a defender o uso da técnica mandamental também nas sentenças que determinam o pagamento de soma em dinheiro. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 621-628. Trata-se, contudo, de posição não adotada pelo STJ.

³⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 370.

³⁵⁵ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*, n. 59. São Paulo: RT, jul.-set. 1990, p. 83.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 209-213.

Fica evidente, assim, que as *astreintes* são destinadas à parte devido a um equívoco histórico, sedimentado em jurisprudência e legislação. Diferentemente, tanto a *Zwangsstrafen* do ordenamento alemão quanto o *contempt of court* do direito anglo-americano – ambos instrumentos para que o juiz exerça o *imperium* – podem ser destinados ao Estado. A multa é aplicada em razão do descaso da parte para com a decisão judicial, e não em razão de uma confusão entre coerção e reparação. Por isso, deve ser destinada ao Estado, e não à parte.³⁵⁷

A aceitação dessa conclusão, contudo, leva a uma nova complexidade quando se trata de atuar uma tutela concedida contra o próprio Poder Público. Ora, se a multa coercitiva é devida ao Estado, como obrigar o próprio Estado a cumprir uma ordem judicial? Seria essa uma hipótese de confusão entre credor e devedor, cujo efeito necessário é a extinção da obrigação? A resposta é negativa. Aventa-se, aqui, a possibilidade de imposição dessa ameaça diretamente ao agente público, em vez de fazê-lo contra a pessoa jurídica de direito público.

Pelo mesmo motivo em razão do qual se discute a impossibilidade de sanção penal a pessoas jurídicas, não faz sentido a sujeição passiva dessas entidades à multa. De fato,

Já se disse, anteriormente, que a função da multa coercitiva é *vencer a vontade* do ordenado, para induzi-lo ao cumprimento da ordem judicial. Ora, se essa é a finalidade da técnica, então é evidente que ela só pode dirigir-se contra *quem tem vontade para ser vencida*. As pessoas jurídicas em geral (e não seria diferente com as pessoas jurídicas de direito público) são – seria desnecessário dizer – uma ficção legal. Não têm elas vida autônoma e nem vontade própria para ser vencida. A vontade delas é, na essência, a vontade de

³⁵⁷ No processo coletivo, existe disposição de lei expressa determinando a destinação dos valores de multas sem caráter ressarcitório ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Trata-se do art. 2º do Decreto 1306/94. Desse modo, “muito embora não se tenha feito expressa alusão ao art. 84 do CDC, pela natureza dos recursos destinados ao fundo, é fácil depreender que a multa coercitiva também deve ser incorporada ao fundo. Ressalte-se que o Decreto abarca os recursos da multa diária prevista no art. 11 da Lei 7.347/85, que também tem por finalidade coagir o demandado a um fazer ou não fazer”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004, p. 299-300.

seu administrador ou do sujeito que age em seu nome. Por isso, é esta a vontade que deve ser vencida.

Ora, se a vontade que tem de ser dobrada é a do agente (pessoa natural que age em nome da pessoa jurídica), é claro que somente contra este se pode cogitar de impor a multa coercitiva. Somente quando a ameaça é dirigida ao próprio agente é que a técnica coercitiva surte efeito. Do contrário, não se atingiria a disposição que anima a pessoa jurídica e totalmente inútil seria a multa.³⁵⁸

Além de inútil, a imposição de multa contra a pessoa jurídica de direito público penaliza os cofres públicos – e, em última análise, a própria coletividade – por um comportamento que só pode ser imputado ao agente público.³⁵⁹

Visto que a multa cominada contra o agente público é devida em razão do simples descumprimento da ordem judicial e que, por isso, deve reverter em favor do Estado, não faz sentido sustentar que sua atuação depende de processo de execução de iniciativa da parte. Seria assim se a multa revertisse à parte e se dependesse do trânsito em julgado da decisão. Como, diferentemente, ela é devida pelo simples fato de decorrer da autoridade estatal,

³⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Doutrina Brasileira da Multa Coercitiva: três questões ainda polêmicas*, p. 7. Disponível em <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143280/A_DOUTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_TRES_QUESTOES_AINDA_POLEMICAS>>. Acesso em 27/12/2010.

³⁵⁹ “A multa, como elemento de apoio da técnica mandamental, busca pressionar economicamente o demandado, para que esse sinta seu patrimônio ameaçado. Quando o violador da norma é pessoa jurídica de direito público, eventual prejuízo sofrido será do erário público, portanto, o agente responsável pela prática do ato continua a descumprir a obrigação, visto que não foi atingido pela medida coercitiva.

Nessas situações, nunca se alcançará a execução indireta, se a sanção não for pessoal. Qualquer forma de coação, para efetivamente ameaçar o agente responsável pelo ilícito, terá que atingir sua própria esfera individual. É por isso que, sendo o demandado pessoa jurídica de direito público, compete ao juiz analisar o caso concreto para, se for o caso, dirigir a ameaça de multa ao próprio agente responsável pelo ato”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004, p. 298.

Não precisa ela, para ser exigida, da iniciativa de ninguém (nem da parte autora, nem do próprio Estado, por meio de suas procuradorias públicas). Deve o magistrado, *assim que verificado o descumprimento de sua ordem* – ou seja, assim que escoado o prazo dado para o cumprimento da sua determinação – determinar a realização da multa, na exata forma da ameaça contida na decisão.

Outrossim, essa iniciativa judicial independerá, como é óbvio, de qualquer processo autônomo. O juiz adotará as providências necessárias para que a multa seja efetivada de pronto. Para tanto, dispõe o magistrado hoje de amplos poderes. Poderá, por exemplo, valer-se da penhora *on line* do valor correspondente à multa que incidiu; poderá também arrecadar do patrimônio do recalcitrante bens em valor compatível com a multa imposta; poderá ainda bloquear pagamentos que seriam recebidos pelo desobediente; enfim, poderá adotar qualquer providência expedita, que se mostre adequada para a imediata realização da multa. Atuará o magistrado aí como verdadeiro representante do Estado, mostrando que o descumprimento a uma ordem legítima não pode ser tolerado.³⁶⁰

A despeito dessa conclusão, é forçoso anotar que a jurisprudência tem se encaminhado em sentido contrário, tanto com relação ao destinatário da ameaça quanto no que se refere ao beneficiário do valor da multa,³⁶¹ bem

³⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A Doutrina Brasileira da Multa Coercitiva: três questões ainda polêmicas, p. 7. Disponível em <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143280/A_DOUTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_TRES_QUESTOES_AINDA_POLEMICAS>>. Acesso em 27/12/2010.

³⁶¹ Nesse sentido, podem ser citados os seguintes e recentes acórdãos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INVASÃO DO IMÓVEL LITIGADO PELO MOVIMENTO SEM TERRA (M.S.T.) - PATENTE CONTUMÁCIA DO PODER EXECUTIVO EM CUMPRIR AS ORDENS JUDICIAIS REINTEGRATÓRIAS NA ÁREA LITIGADA - RENOVAÇÃO DO MANDADO CONSTRITIVO, COMINANDO-SE MULTA DIÁRIA CONTRA A PESSOA FÍSICA DO EXMO. SR. GOVERNADOR - REFORMA DA DECISÃO PARA MAJORAR O VALOR DA ASTREINTE COMINADA, BEM COMO, REDIRECIONÁ-LA AO ESTADO DO PARANÁ - LEI DE SEGURANÇA NACIONAL - CONSIDERAÇÕES. I - O presente caso é um reflexo dum antiquíssimo conflito ainda sem solução em nosso país: a questão fundiária. A histórica e endêmica ausência da construção de uma política nacional séria que tendesse a promover a melhoria na situação do campesinato brasileiro de modo contínuo e progressivo fez (e fará) surgir grupos como o M.S.T., os quais, por sua vez, buscam por meio da violência e da quebra da ordem legal sanar suas necessidades básicas, afetando todavia direitos também constitucionalmente protegidos de outros cidadãos. No final das contas, nota-se que o responsável pelo "caos fundiário" é a própria ineficiência estatal na criação de ações que busquem uma efetiva distribuição da renda e da propriedade. Todavia, essas obviedades político-sociológicas não justificam a manutenção da ação ilegal de grupos de trabalhadores rurais em verdade carentes, mas cognominados de "oprimidos", sob pena de se subverter a ordem democrática estabelecida na Carta Magna de 1988. II - As decisões judiciais dessa ordem, só a muito custo têm sido cumpridas, pois à decisão da balança, não é dado o suporte da espada, revelando o dito de IHERING segundo o qual, a espada sem a balança é tirania e a balança sem a espada, a impotência do direito. A polícia judiciária, não é disponibilizada para o cumprimento da decisão. O mecanismo de intervenção no Estado não funciona. A Lei de Segurança Nacional também não, pois segundo homens públicos da base aliada do Governo Federal e vários juristas simpatizantes, não teria sido recepcionada pela Constituição de 88, portanto, não poderia ser aplicada, porém, nada fazendo eles para suprir tal necessidade. O MST não dá mostra de sujeição às leis do país ou às decisões

como, finalmente, quanto à necessidade de um processo de execução ou fase de cumprimento de sentença para atuá-la.³⁶²

3.5.2 A intervenção judicial

Além das medidas de coerção indireta, que buscam influir na vontade do devedor, existe ainda a possibilidade de realização direta da tutela, mediante técnica executiva. Nessa hipótese, em que não se depende da colaboração do obrigado, o julgador presta a tutela específica diretamente, através dos meios necessários e adequados para tanto. É o caso do desfazimento de obras e da remoção de pessoas e coisas, medidas expressamente nominadas no artigo 461, § 5º, do CPC.

Há situações, entretanto, em que “o réu é constituído (ou opera) por uma estrutura empresarial ou institucional (pessoas jurídicas, órgãos

judiciais, tanto que já pela segunda vez afronta o que foi decidido. Antes, se comportam como um agrupamento com leis próprias cuja bandeira não é verde e amarela. Diante disso, como última via só resta mesmo a imposição de *astreintes* e estas contra o Estado do Paraná, não contra a pessoa do Senhor Governador do Estado, pois que apenas o Ente federativo é permanente e de pronto localizável de modo a propiciar uma maior celeridade e efetividade neste processo. No futuro, quando esses recursos começarem a faltar nas áreas da saúde, educação e segurança públicas, certamente haverá reflexão acerca do modelo de administração que a população do Paraná precisa, de fato. RECURSO PROVIDO. (TJPR - 17ª C.Cível - AI 0421453-9 - Cascavel - Rel.: Des. Gamaliel Seme Scaff - Por maioria - J. 27.02.2008)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental. 5. Recurso especial provido. (REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

³⁶² Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 222.

públicos, sociedades de fato, etc.) e a conduta devida é complexa e não exaurível em uma instantânea ação ou omissão”.³⁶³ Essa configuração exige a atuação jurisdicional internamente àquela estrutura. Um importante instrumento para tanto é a nomeação de um interventor.

A intervenção judicial tem fundamento no artigo 69 e seguintes da Lei 8884/99 (Lei Antitruste) e pode ser utilizada como técnica de atuação da tutela coletiva, dada a abertura conferida pelo artigo 84, §5º, do CDC.³⁶⁴ Trata-se de uma medida dotada de ampla plasticidade, facilmente adaptável às necessidades do caso concreto. Nesse sentido, costuma-se diferenciar três modalidades de intervenção, fundadas na extensão dos poderes concedidos ao interventor.

A primeira forma é a chamada intervenção fiscalizatória, em que se franqueia ao interventor amplo acesso aos dados, documentos e quaisquer outros elementos necessários à fiscalização do cumprimento da determinação judicial.³⁶⁵ Essa medida se mostra adequada à verificação do adequado atendimento aos internos de instituição de recuperação de menores, presídios ou sanatórios.³⁶⁶

Na segunda modalidade, já menos branda, o interventor assume parcialmente a gestão da instituição, a qual é realizada em conjunto com o administrador original. Por isso, é denominada intervenção co-gestora.³⁶⁷ Essa técnica é eficaz, por exemplo, quando se determina a elaboração de um plano

³⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 275.

³⁶⁴ Art. 84, § 5º, do CDC: “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

³⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 7. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

³⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 276.

³⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 8. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

de ação e a Administração se mantém inerte.³⁶⁸ Ou, ainda, quando a Administração elabora cláusulas abusivas em edital de concurso público ou de licitação. Nessas hipóteses, não é necessário excluir o administrador da gestão da entidade pública, mas pode não ser suficiente a simples fiscalização de sua atividade.

Finalmente, pode haver uma intervenção mais drástica, chamada expropriatória ou substitutiva. Nela, o administrador original sai do comando da pessoa jurídica para dar lugar ao interventor, que temporariamente praticará os atos de gestão necessários ao cumprimento da tutela jurisdicional.³⁶⁹

Note-se, assim, que, embora destinada ao cumprimento direto da tutela – caracterizando, assim, uma técnica executiva –, a intervenção judicial na pessoa jurídica não é uma medida estritamente subrogatória.³⁷⁰ A possibilidade de ser destituído da administração da pessoa jurídica já funciona como uma medida de coerção indireta contra o administrador, de modo a estimulá-lo a cumprir a ordem judicial.³⁷¹ A intervenção fiscalizatória, no mesmo sentido, reforça a eficácia mandamental do provimento, na medida em que pode ser acompanhada por medidas repressivas diretas.³⁷²

A possibilidade de nomeação de interventor em pessoa jurídica de direito público, contudo, não é uma tese pacífica. Ao contrário, tem sido rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de invasão das atribuições específicas dessas entidades.³⁷³

³⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 280.

³⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 8. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

³⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 276.

³⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 7. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

³⁷² TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 276.

³⁷³ Conflito de Atribuições n. 46-0/SP.

Trata-se, contudo, de um argumento falacioso. Não existe discricionariedade do Poder Público em cumprir ou não a decisão judicial. A nomeação de um interventor consiste tão-somente num meio de concretizar a tutela concedida. Com efeito,

Subtrair de outrem – seja da liberdade do empreendedor privado, seja da discricionariedade do administrador público – a eleição daquele que dirige uma entidade (ou um órgão da entidade) é natural à intervenção judicial. Pretender ver atribuição exclusiva daquele indicado em lei aí é desconsiderar o fato de que a intervenção judicial não tem a finalidade de substituir a autonomia dada àquele que pode, definitiva e legitimamente, escolher o dirigente. O objetivo dessa técnica é, simplesmente, fazer cumprir uma ordem judicial, valendo-se do meio mais expedito, idôneo e menos gravoso possível.³⁷⁴

De fato, eventual invasão de atribuições dos poderes eleitos será veiculada pela decisão judicial, e não pela técnica que a impõe. A nomeação de um interventor não representa, em si mesma, indevida intromissão na discricionariedade administrativa, uma vez que o interventor age como *longa manus* do juiz. O voluntário descumprimento da ordem judicial não é uma alternativa possível. Se a intervenção se mostrar, no caso concreto, o meio mais eficaz e menos gravoso a viabilizar a concretização da tutela, será ela a técnica mais indicada a acompanhar a ordem judicial. Inexiste qualquer impedimento *a priori* à utilização desse instrumento também contra o Poder Público.

Há, todavia, restrições à utilização dessa medida. Um deles pode ser visualizado justamente nos casos em que existe meio menos gravoso para a concretização da tutela. Assim, no caso concreto, “a intervenção não deverá ser adotada quando medida menos drástica for apta para atingir, sem custos

³⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 14. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

excessivos, os mesmos resultados”.³⁷⁵ Deve-se observar ainda a plasticidade da intervenção. Não poderá ser aplicada modalidade mais gravosa quando a simples fiscalização do Poder Público se mostrar suficiente ao cumprimento da ordem.

Outra limitação acontece nas situações em que se faz necessário o afastamento do chefe do Poder Executivo. Em razão da sua gravidade, há regramento constitucional expresso (arts. 34 a 36 da Constituição da República) disciplinando as hipóteses de cabimento dessa medida e a exigir a participação no procedimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se, assim, de impedimento absoluto, pois “as normas constitucionais sobre intervenção traçam limites nos dois planos da divisão de ‘poderes’ – o vertical (Federação) e o horizontal (separação de ‘poderes’ ou funções)”.³⁷⁶

A intervenção judicial é, dessarte, técnica admitida pelo ordenamento brasileiro destinada a concretizar a tutela jurisdicional nas hipóteses em que seja necessária uma atuação interna à estrutura institucional. Pode, assim, ser utilizada nas hipóteses em que outras medidas (de coerção indireta ou de subrogação) não se mostrem adequadas, desde não se possa atingir os mesmos fins com medida menos gravosa sem custos excessivos.

³⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 282.

³⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 283. No mesmo sentido é a lição de Sérgio Cruz Arenhart, para quem a hipótese mais complexa ocorre nos casos de “afastamento de agentes políticos (a exemplo do presidente da República, dos Governadores dos Estados ou dos Prefeitos Municipais) da administração da pessoa jurídica de direito público. Como cediço, a Constituição da República estabelece regime específico para essa intervenção, que não pode, portanto, ser obtida pela via comum, do art. 461, do CPC. Deveras, a Constituição da República, em seus arts. 34 a 36, contempla procedimento e requisitos próprios para que a União possa intervir nos Estados e para que estes possam intervir nos Municípios. Mais que isso, tem-se (especialmente no art. 36) cautela extrema para a autorização dessa medida, já que ela pode afetar o sistema federativo nacional”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*, p. 13. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>. Acesso em 29/07/2010.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou traçar os fundamentos do controle de decisões políticas mediante ações coletivas e os delineamentos processuais dessa atividade. Na primeira parte do trabalho, contextualizou-se a Jurisdição no paradigma neoconstitucionalista. Foram abordados a influência do paradigma racionalista sobre o direito, a gênese do princípio da legalidade formal como elemento de restrição ao poder jurisdicional e os reflexos do nascimento da ciência processual nesse contexto.

No segundo capítulo, buscou-se fundamentar a nova função jurisdicional a partir da reestruturação do princípio da separação de poderes. Analisaram-se os elementos que legitimam politicamente a Jurisdição num sistema democrático e destacou-se o caráter argumentativo da função de julgar.

Por fim, na terceira parte, objetivou-se compreender o processo coletivo a partir das peculiaridades inerentes ao controle de decisões políticas. Desse modo, foram estudados institutos fundamentais do direito processual coletivo devidamente amoldados às necessidades decorrentes da natureza de um processo de revisão de decisões dos poderes eleitos. Mostrou-se relevante, assim, delimitar o objeto de uma ação dessa natureza, os fundamentos da legitimação coletiva, a configuração do contraditório, os reflexos na atividade probatória e os pontos críticos referentes à atuação da tutela.

Impende, agora, resgatar as principais conclusões deste trabalho, de modo a explicitar as premissas que o nortearam e as propostas que dele se extraem. Mais do que estabelecer pretensas verdades, procurou-se construir uma compreensão sólida da função jurisdicional a partir da sua re colocação na estrutura da democracia. Desse esboço inicial foram extraídos os fundamentos e perfis do controle de decisões políticas mediante ações coletivas.

1. A superação do conceito tradicional de legitimidade ativa possibilitou a proteção judicial de direitos destituídos de titular determinado. O resgate do poder de *imperium* judicial, de outra parte, viabilizou a tutela específica de direitos não patrimoniais, que nunca se adaptaram à técnica de reparação em pecúnia. O processo coletivo, desse modo, fez aportarem ao Judiciário questões estruturais, não mais somente desavenças pontuais, potencializando a interferência desse Poder nas decisões dos Poderes Políticos.

2. O positivismo jurídico, de mera corrente filosófica derivada do positivismo científico, no contexto social pós-Revolução Francesa ganhou *status* de fundamento da estrutura política ao identificar lei e direito. Da confusão dos dois institutos erigiu-se o dogma da legalidade formal. Ao mesmo tempo em que pretendia limitar os poderes do julgador, esse princípio afastou o direito dos valores e da realidade social. Por considerar fundamento de validade do direito a sua regularidade formal, o positivismo deteriorou o Estado de Direito em Estado Legalista. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu sedimentou o dogma da Supremacia do Parlamento.

3. A teoria da jurisdição de Chiovenda representa uma continuidade filosófica com o liberalismo e o positivismo. A ideia de que jurisdição seria a aplicação do direito positivo ao caso concreto vincula o julgador à literalidade das normas. Submete, assim, a atividade jurisdicional à vontade legislativa, além de não explicar a necessidade de ponderação – que frequentemente abre espaço a escolhas de ordem política. A noção de substitutividade como imparcialidade, contudo, permanece válida como elemento caracterizador da jurisdição.

4. O conceito carneluttiano de jurisdição fundado na lide é privatista, focado na resolução de litígios e submetido à lei. Focado na resolução de controvérsias privadas, toma o conflito como um problema pontual a ser resolvido, não como uma oportunidade de reestruturar estruturas de grande porte. Não admite que o julgador inove no ordenamento, além de considerar que o mero *accertamento* é capaz de promover a pacificação social.

Tinha os objetivos de restringir o poder do juiz à lei e atribuir a essa atividade o fim de manter a unidade nacional por meio da pacificação social – objetivos esses que não mais devem guiar a estruturação do Poder Jurisdicional.

5. A fase instrumentalista é marcada pela busca da adequada tutela dos direitos. Entre avanços e retrocessos, operou-se a reinserção do direito processual na realidade social. Resgatou-se o caráter finalístico de seus institutos, compreendidos não mais como categorias científicas estanques e universais, mas como métodos permeáveis às necessidades do direito material. O processo contemporâneo passou a ser marcado pela constante busca da efetividade e, seus institutos, como instrumentos para a obtenção dos resultados sócio-políticos assegurados pelo ordenamento. Essa postura reconhece ao juiz o poder de construir concretamente o modelo processual adequado mesmo na falta de disciplina legislativa. Trata-se de uma primeira libertação do dogma da legalidade formal.

6. Ao reconhecer a força normativa dos princípios, o neoconstitucionalismo reaproximou os valores no direito, outorgando-lhe novamente um conteúdo substantivo. Ao submeter o direito positivo aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais, esse movimento trouxe ao processo civil novas complexidades. Ele desloca o foco da jurisdição da resolução de controvérsias privadas para a concretização das normas constitucionais. Ganha relevo, nesse contexto, a fiscalização das demais funções do Estado, a quem a Constituição direciona objetivos. Ademais, ao exigir a conformação do direito positivo ao programa de valores estabelecidos na Constituição, o neoconstitucionalismo ressalta o papel da interpretação na aplicação das normas jurídicas, o que leva a se questionar o caráter (anti)democrático da Jurisdição.

7. Por razões históricas, no sistema anglo-americano a teoria da separação de poderes não foi pensada de modo a hipertrofiar o Legislativo e anular os demais. Como o princípio da legalidade não implicou a submissão do Judiciário à letra da lei, jamais se combateu a criatividade judicial. A possibilidade de o juiz interpretar cláusulas dotadas de elevado grau de

vagueza sempre foi vista como inerente a essa tradição. Logo, o apego à Jurisdição como aplicação literal da lei, negando ao juiz a possibilidade de controlar os atos dos demais poderes que violem direitos estabelecidos na Constituição, decorre do apego à tradição do *civil Law*, não da natureza ou da logicidade das coisas.

8. Uma vez superado o dogma histórico de que ao juiz não é dado criar o direito, inexistem amarras para que ele dê concreção aos direitos constitucionais. O Judiciário, assim, passa a atuar em questões geralmente tidas como políticas. Essa é uma consequência inevitável, na medida em que a Constituição juridiciza valores e os mantém além do poder de disponibilidade do legislador e do administrador.

9. O controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário é coerente com a concepção de Estado de Direito centrado nos direitos. A dificuldade em aceitar que também a jurisdição é uma função política decorre da tradição centralizadora dos modelos monárquicos de governo, a qual praticamente reduziu a participação política ao direito de voto. A ampliação da legitimidade judicial para controlar atos dos demais poderes descentraliza a tomada de decisão. Essa reorganização aproxima a população da esfera política. Qualquer julgamento deve ser feito à luz dos princípios constitucionais, que juridicizam valores e escolhas políticas. Assim, toda decisão judicial veicula, em certa medida, um julgamento político, pois dá conteúdo a um valor constitucional. Assim, enquanto Legislativo e Executivo são poderes em cuja base está a representação política, o Judiciário os controla legitimamente mediante representação argumentativa, ao fundamentar suas decisões nos valores veiculados pela Constituição.

10. Atribuir ao juiz a função de implementar direitos que os demais poderes insistem em ignorar promove a democracia direta a partir da inclusão de novos agentes no processo de tomada de decisão política. A expansão das possibilidades de participação e contestação popular às decisões políticas contribui para o fortalecimento da democracia, compreendida como um sistema poliárquico. Contribui ainda para a formação de uma

democracia consensulista, na medida em que elimina a necessidade de intermediadores entre demandas populares e governo. O caráter contramajoritário da jurisdição, assim, não está no apoio a minorias políticas, mas na função garantidora de atrelar as decisões dos poderes eleitos aos valores constitucionais.

11. Embora não tenha membros eleitos pelo voto popular, a Jurisdição possui legitimidade política. Esta é fundada na estruturação democrática do processo. O contraditório é integrado pelas garantias de participação (dimensão formal) e de possibilidade de influência na decisão (dimensão material). Apenas o processo judicial garante que os argumentos dos interessados serão considerados e respondidos. Ao princípio da demanda, que permite às partes fixar a extensão do litígio, liga-se o princípio da correlação. Ambos forçam o magistrado a julgar com objetividade, tendo por base os argumentos jurídicos apresentados no debate processual.

12. A constante interação entre regras e princípios exige a ponderação de valores, o que evidencia o caráter argumentativo do Direito. Um princípio pode estabelecer exceções implícitas a uma regra, ocasionando o fenômeno da derrotabilidade (*defeasibility*). Daí a importância de se restringir os tipos de argumentos aptos a ensejar o afastamento de uma norma em privilégio de outra.

13. Esse limite pode ser encontrado na justificação da decisão judicial fundada na razão prática: uma razão justificadora universalizável (extensível a casos semelhantes), que toma em conta suas conseqüências (ao menos as jurídicas), tomada a partir da avaliação dos valores que informam o ordenamento, de modo coerente tanto no sentido normativo (coerência entre normas) quanto no sentido narrativo (coerência com as provas). Os princípios ajudam a limitar a possibilidade de arbítrio. Uma motivação fundada em técnicas de interpretação semântica pode escamotear os princípios norteadores da decisão, o que não acontece com uma decisão que abertamente reconhece seu caráter política e fundamenta por que priorizou um princípio sobre outro. O Judiciário deve, assim, ter liberdade para se pronunciar

a respeito da sua concepção sobre os direitos, adaptando-os ao caso concreto e moldando-os de acordo com as mudanças sociais.

14. A análise fática dos argumentos precedentes demonstra que a maior dificuldade para a revisão judicial de decisões do poder político não é o excessivo poder conferido ao magistrado, mas o apego ao paradigma liberal-individualista. Isso faz com que o julgador deixe de controlar violações a direitos em respeito a um modelo ultrapassado de Estado de Direito, sem perceber que essa postura, em si mesma, já expressa um julgamento político.

15. A elaboração e execução de políticas públicas devem obedecer, aos princípios da proporcionalidade, o qual impõe que a promoção de um princípio constitucional não anule outro princípio de igual hierarquia; e da razoabilidade, segundo o qual a priorização de um princípio frente a outro deve ser justificada pela finalidade da diferenciação.

16. A definição de políticas públicas prioritárias, quando não puder ser extraída do texto constitucional literal, deve considerar o contexto social, econômico, geográfico, político e cultural das áreas em que elas serão promovidas. O mínimo existencial – cujos limites são dados pela reserva do possível – impõe o agir estatal no sentido de gradualmente assegurar as condições mínimas para a concretização de todos direitos fundamentais simultaneamente. Assim, a preferência por um programa de ação em detrimento de outro deve ser justificável diante do caso concreto e não pode inviabilizar o exercício de outros direitos fundamentais.

17. Para definir se determinado direito fundamental é assegurado em grau suficiente, é importante o controle de metas e resultados. Essa correlação se abre a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, que permite à coletividade contribuir para o aprimoramento da política pública.

18. Via de regra, a interpretação das normas constitucionais deve ser aquela que lhes outorga maior eficácia. Todavia, os limitadores fático-jurídicos da reserva do possível e dos atos de governos impõem que a

interpretação dos dispositivos constitucionais leve em conta que a destinação de recursos a uma área implica a conseqüente retirada de recursos de outra, bem como que existe liberdade relativa de meios para consecução dos valores constitucionais. Assim, a concretização pelo Judiciário deve se limitar ao controle da insuficiência. A revisão judicial das decisões políticas do Poder Público tem lugar quando elas são insuficientes para assegurar eficácia mínima aos direitos reconhecidos pela Constituição.

19. A participação dos afetados pela decisão política determina os limites e a matéria a partir da qual será construída a decisão. Há, pois, interesse público em que o contraditório seja exercido de forma robusta. Isso impõe o controle da representação adequada como corolário do devido processo legal.

20. Além de ser um dos elementos caracterizadores do processo jurisdicional, o contraditório é um dos fundamentos do controle judicial de políticas públicas, pois assegura que serão consideradas as razões tanto dos afetados pela política quanto dos responsáveis por sua elaboração e implementação. Para que o processo seja de fato um instrumento a serviço da democracia direta, é fundamental que o maior número de membros do grupo e de legitimados coletivos tenham conhecimento da existência da demanda, o que exige uma notificação coletiva adequada. Como o objeto do processo são os *interesses* coletivos, é desnecessária a notificação de todos os membros do grupo. Ela notificação pode ser realizada por amostragem, desde que apta a dar ampla e tempestiva publicidade à causa, permitindo que os atos do legitimado coletivo sejam informados pelos interesses dos representados.

21. O direito de reação, que integra o princípio do contraditório, impede que se negue o direito de os indivíduos afetados pela decisão política questionada adotarem posição processual ao lado da entidade pública. Essa possibilidade, contudo, pode inviabilizar a condução coletiva da causa. Uma importante técnica para superar essa dificuldade é que a própria entidade pública demandada assumam a defesa dos direitos coletivos no pólo passivo da ação. Se essa tarefa for realizada de maneira adequada por um representante

coletivo, estarão assegurados tanto o direito de reação quanto a operacionalidade do processo coletivo.

22. A possibilidade de participar concretamente da formação do convencimento judicial impõe que a decisão do magistrado seja extraída da argumentação e da atividade probatória das partes. Essa exigência ajuda a afastar a possibilidade de arbítrio judicial, mas deve ser temperada com o princípio segundo o qual inexistente nulidade sem prejuízo, sob pena de se recair no formalismo. Dessarte, o processo jurisdicional acresce legitimidade argumentativa a uma decisão até então legitimada somente pelo poder da qual emanou.

23. O respeito ao dever de colaboração é, teoricamente, mais fácil no processo coletivo para controle de decisões políticas do que no processo individual tradicional, uma vez que no primeiro não se pode falar propriamente numa contraposição de interesses entre o Estado e a coletividade. Autor, réu e julgador têm interesse na obtenção da melhor política pública faticamente viável, com a menor restrição e a maior eficácia possível aos direitos e valores constitucionais.

24. O dever de participação exige a busca de provas por parte do magistrado antes de recorrer às regras de distribuição do ônus da prova. Aos litigantes, impõe o fornecimento de dados e informações necessários ao julgamento. Assim, viabiliza-se que o julgador construa, em cooperação com a coletividade e com a Fazenda Pública, a solução de maior racionalidade prática. Trata-se, portanto, de um dever que, inobstante reconheça à decisão judicial sua imperatividade como manifestação do Poder Estatal, destaca a importância de que ela se legitime também por sua força persuasiva.

25. A atividade probatória, no processo coletivo, tem por objeto um dano ou ilícito coletivo. Logo, não se desce à causalidade individualizada. É suficiente o estabelecimento de uma causalidade genérica. A prova estatística ou por amostragem se mostra uma técnica adequada para trazer a juízo informações seguras para o controle das decisões políticas mediante ação

coletiva. Mostra-se de grande valia, ainda, para a aferição da gradativa promoção dos direitos fundamentais.

26. A suficiência ou insuficiência de provas deve ser aferida materialmente diante do caso concreto. Uma declaração judicial acerca da suficiência de provas não faz da sentença um ato mais resistente a futuras impugnações. Caso outro legitimado coletivo tenha acesso a provas capazes de alterar o resultado do julgamento em favor da coletividade, a mera afirmação do juiz de que a atividade do legitimado anterior foi suficiente não afasta a possibilidade de reabertura do caso.

27. Recusando-se o Poder Público a cooperar com a produção de provas, a consequência será a extinção da presunção de veracidade de que goza a Fazenda Pública em juízo. O fundamento dessa técnica está na disciplina da exibição de documentos, que autoriza o juiz a admitir como verdadeiros os fatos que, por meio dos dados sonegados, se pretendia provar.

28. O regramento do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor autoriza um tratamento dinâmico do ônus da prova *sempre que o direito material ou as condições do caso concreto assim recomendarem*, uma vez que não apenas as relações de consumo merecem esse tratamento. Assim, independentemente de previsão legal expressa, o ônus da prova pode ser modificado em razão do dever judicial de construir um procedimento adequado e aderente às necessidades do direito material. Essa teoria pode ser aplicada às ações coletivas ajuizadas para controlar decisões políticas a despeito da indisponibilidade do interesse público. Tanto o interesse do Poder Público quanto o da coletividade são tendentes à consecução do interesse público. Logo, diante de direitos de igual hierarquia, inexistente motivo para se promover qualquer desequiparação a partir do estabelecimento de presunções em favor do Estado.

29. A multa coercitiva consiste num meio de emprestar força executiva à determinação judicial. Não tem qualquer caráter ressarcitório. Ela é devida em razão do descaso da parte para com a decisão judicial. Por isso,

deve ser destinada ao Estado, e não à parte. A imposição dessa ameaça diretamente ao agente público, em vez de fazê-lo contra a pessoa jurídica de direito público, reforça a coercitividade por gerar uma responsabilização pessoal. Tampouco deve sua atuação depender de processo executório ou fase de cumprimento, uma vez que independe do trânsito em julgado ou da confirmação da decisão que a determinou.

30. A intervenção judicial é técnica admitida pelo ordenamento brasileiro destinada a concretizar a tutela jurisdicional nas hipóteses em que seja necessária uma atuação interna à estrutura institucional. Pode, assim, ser utilizada nas hipóteses em que outras medidas (de coerção indireta ou de subrogação) não se mostrem adequadas, desde não se possa atingir os mesmos fins com medida menos gravosa sem custos excessivos e desde que respeitado o processo interventivo descrito nos arts. 34 a 36 da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. El argumento político en favor de los tribunales constitucionales. *La Política Del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999;
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;
- ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2006;
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009;
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952;
- 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;
- _____. *A Doutrina Brasileira da Multa Coercitiva: três questões ainda polêmicas*. Disponível em <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143280/A_DOUTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_TRES_QUESTOES_AINDA_POLEMICAS>>;
- _____. *A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica*. Disponível em <<<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142826/A-INTERVENÇÃO-JUDICIAL-E-O-CUMPRIMENTO-DA-TUTELA-ESPECÍFICA>>>;
- _____. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003;

- _____. Reflexões sobre o Princípio da Demanda. In: FUX, Luis; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006;
- ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006;
- _____. Substituição Processual. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009;
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 163, set. 2008;
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006;
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984;
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- _____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005;
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009;

- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar.-mai. 2007;
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUES, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003;
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007;
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;
- _____; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, V. 1;
- BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* do direito norte-americano e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 82, 1996;
- CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. In RePro, n. 126, São Paulo, RT, ago. 2005;
- CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006;
- _____. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993;

- _____. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006;
- CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report). In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, Internacional and Comparative Law Prepared at the Requesto of UNESCO Under the Auspices of the International Association of Legal Science*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973;
- CARDOZO, Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven and London: Yale University Press, 1977;
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958;
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. V. 1;
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. 1;
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. 2;
- CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. A Suspensão Obrigatória de Processos Individuais Representativos de Conflitos de Massa. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 15, jul.-dez. 2010;
- CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando. Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered. *Annual Review of Political Science*. Jun. 2002, v. 5;
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. V. 2;
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. V. 2;

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004;
- COSTA, Pietro. *Uma Questão de Método: a relação entre teoria e historiografia*. Disponível em <<<http://xa.yimg.com/kq/groups/19089365/888629227/name/Uma+quest%C3%A3o+de+m%C3%A9todo-Pietro+Costa-tradu%C3%A7%C3%A3o-UnB.pdf>>>;
- DAHL, Robert A. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker. *Journal of Public Law*. 6:279, 1957;
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: EdUSP, 2005;
- DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986;
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. V. 1;
- _____. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005;
- _____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, V. 4;
- _____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, V. 4;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. São Paulo: EdUSP, 1999;

- DRUMMOND, Paulo Henrique; CROCKETT, Priscila Soares. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010;
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978;
- ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994;
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980;
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996;
- FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004;
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2010;
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002;
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995;
- _____. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: UNAM, 2004;

- _____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008;
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JUNIOR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009;
- GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*. *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, n. 4;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002;
- _____. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000;
- GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of the recent constitutional developments*. Disponível em <<www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html>>;
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006;
- HAZARD Jr., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: na introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993;
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2008;
- _____. *Ecossistemas da Marselhesa: dois séculos revêem a Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996;
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: JusPodivm, 2009;

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009;
- KRELL, Andreas. *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;
- LEFEBVRE, Georges. *La Revolución Francesa y el Imperio (1787-1815)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979;
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005;
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980;
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008;
- MACIEL Jr., Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006;
- MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006;
- MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, Curitiba, n. 3, jun. 2009;
- _____. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009;

- _____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996;
- _____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004;
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010;
- _____. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001;
- _____. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003;
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004;
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003;
- _____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002;
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;
- MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970;
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003;

- OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. *In* CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999;
- _____. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. *In*: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009;
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002;
- POLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985;
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 2007;
- POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998;
- PRZEWORSKI, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995;
- PUGLIESE, Giovanni. *Actio e Diritto Subiettivo*. Napoli: Jovene, 2006;
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, V. 1;
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;
- SCHAUER, Frederick. The Supreme Court's Agenda – and the Nation's. *The Supreme Court 2005 Term*. Harvard Law Review, v. 120:4;

- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ejea, 1954;
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, V. 1 – Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010;
- SIEYÈS, Emmanuel J. *A constituinte burguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005;
- SILVA, Ovídio Baptista da. A “Plenitude de Defesa” no Processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993;
- _____. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;
- _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008;
- _____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. São Paulo: RT, 1996;
- _____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004;
- _____. *Sentença e Coisa Julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988;
- _____; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002;
- SUNSTEIN, Cass. *Beyond Marbury: The Executive’s Power to Say What The Law Is*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 268, nov. 2005;

- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003;
- TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*, nº 59. São Paulo: RT, jul.-set. 1990;
- TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004;
- THEODORO Jr., Humberto. Legitimidade *ad causam* na ação coletiva de direitos do consumidor. *Direitos do Consumidor. a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, jul.-set. 1989;
- VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007;
- VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008;
- _____. Fundamentos do processo coletivo e a redefinição do conceito de jurisdição. *Processos Coletivos*. Porto Alegre, vol. 1, n. 5, out.-nov. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=53>>;
- VON BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presusuestos Procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004;
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.