

**A TUTELA COLETIVA NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA**

ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI

Monografia elaborada como requisito da disciplina **O Processo Civil na Constituição Federal**, do Curso de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ministrada pelos Professores Doutores Nelson Nery Júnior (Titular) e Gilson Delgado Miranda (Assistente)
Tema-base: **Tutela Jurisdicional dos Direitos Metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos)**

São Paulo, 31 de julho de 2005.

SUMÁRIO

Esta monografia incursiona por área pouco explorada, ao menos sob a perspectiva que aqui recebeu, da tutela coletiva: seu aspecto político.

Partindo de premissas relacionadas ao substrato fático que ensejou seu surgimento (evolução da sociedade, dos direitos e da concepção de Estado – cap. I) e à configuração constitucional brasileira que consagrou o Estado Democrático de Direito (em especial no que se refere ao princípio democrático e seu viés participativo – cap. II) este estudo aprofundou as peculiaridades políticas da tutela coletiva (cap. III), o papel participativo dos legitimados (cap. IV) e a atual função do Poder Judiciário na separação dos poderes e sua legitimidade democrática para “criar” o direito (cap. V).

Tudo com o propósito de se demonstrar que, hoje, é impossível desconsiderar o aspecto político na análise da tutela coletiva em todos os seus aspectos fundamentais que estão na pauta do debate processual atual, sob a perspectiva da instrumentalidade: legitimação, possibilidades

jurídicas dos pedidos e efetividade, ainda que tal análise não coubesse nos propósitos a que se apresentou este trabalho.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| SUMÁRIO | 2 |
| ÍNDICE | 4 |
| INTRODUÇÃO | 5 |
| CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE, O SURGIMENTO DOS NOVOS DIREITOS E A TEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA | 7 |
| 1.1 A nova realidade social mundial e a necessidade de um novo Direito | 7 |
| 1.2. A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POSITIVADOS | 13 |
| 1.3. O ACESSO À JUSTIÇA E A MUDANÇA DE PARADIGMA: DO INDIVIDUAL PARA O COLETIVO | 16 |
| CAPÍTULO II – A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O EFEITO IRRADIADOR DE VALORES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA SOBRE A ORDEM JURÍDICA E O PROCESSO | 21 |
| CAPÍTULO III – AS PECULIARIDADES POLÍTICAS DA TUTELA COLETIVA | 38 |
| CAPÍTULO IV – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: O PAPEL DOS LEGITIMADOS COLETIVOS | 50 |
| CAPÍTULO V – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO PARA CRIAR O DIREITO | 66 |
| CONCLUSÃO | 82 |
| BIBLIOGRAFIA | 85 |

INTRODUÇÃO

Como decorrência das profundas alterações experimentadas pela sociedade, redimensionou-se o papel do Estado e do Direito, visto que o modelo liberal do século XVIII já não mais atendia às necessidades sociais. Foram surgindo novos direitos (os sociais, primeiramente, depois os difusos, relacionados à sadia qualidade de vida e às questões de massa) pelo que se fez necessário um novo processo civil, capaz de assegurar efetividade a esses novos direitos positivados.

Surgia, então, a tutela jurisdicional coletiva, basicamente regida pela Lei n. 7347/85 – Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90, somados a outros instrumentos mais antigos, como a Lei de Ação Popular – Lei 4.717/65, redimensionada pela Constituição Federal de 1988, e a outros instrumentos por esta criados, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX). Paralelamente a essa espécie de tutela abriu-se outra, não jurisdicional, viabilizada principalmente por meio do compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, §6º, da Lei 7437/85, a partir da redação que lhe deu da Lei 8078/90, com natureza de título executivo extrajudicial, posto à disposição dos legitimados coletivos de natureza pública. Essas tutelas são permeadas de especificidades próprias dos direitos que protegem, os coletivos, de natureza significativamente diferenciada dos individuais clássicos.

Todo esse contexto passou a exigir um novo papel do Poder Judiciário – cada vez mais criador do Direito – e dotou alguns eleitos (no Brasil, previstos no art. 5º da Lei 7347/85) de qualificados instrumentos e destacadas responsabilidades.

Tanto o papel criador do Direito desempenhado pelos juízes como as responsabilidades dos legitimados coletivos abrigam inequivocamente uma natureza

política de participação no exercício do poder e na repartição de forças em uma sociedade, colaborando decisivamente para a efetivação do Estado Democrático de Direito em que deve se constituir a República brasileira, como determina a Constituição Federal. Essa legitimidade política tem suas peculiaridades visto que não eletiva.

O presente estudo procura desenvolver alguns elementos importantes para a compreensão desse fenômeno que envolve direito constitucional, processual e ciência política.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE, O SURGIMENTO DOS NOVOS DIREITOS E A TEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 A nova realidade social mundial e a necessidade de um novo Direito

Como doutrinou MIGUEL REALE¹, nas suas clássicas lições sobre a tridimensionalidade do fenômeno jurídico: Direito é fato, valor e norma.

Não se pode, por isso, dissociar o exame das inovações jurídicas – e a tutela jurisdicional coletiva talvez seja a maior de nosso tempo – da realidade social, dos fatos e valores que as ensejaram. Sob essa perspectiva, os estudos do saudoso CAPPELLETTI², Doutor em Direito pela Universidade de Florença, onde foi discípulo de Piero Calamandrei, e professor da Universidade de Stanford nos Estados Unidos, merecem especial destaque. Suas reflexões sobre “*As Formações Sociais e os Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*”³, apresentadas em 11 de maio de 1975, em Florença, serviram de fonte sempre citada pelos doutrinadores brasileiros que se tornariam os responsáveis pela difusão da idéia no Brasil: Ada Pellegrini Grinover⁴, José Carlos Barbosa Moreira⁵, Kazuo Watanabe⁶ e Waldemar Mariz de Oliveira⁷ e, pelo Ministério

¹ Cf. *Teoria Tridimensional do Direito: situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

² Em homenagem póstuma apresentada na Revista de Processo n. 119 (janeiro de 2005), José Carlos Barbosa Moreira aponta Mauro Cappelletti como sendo provavelmente o processualista estrangeiro do tempo presente que “mais funda influência teve sobre a ciência jurídica brasileira”.

³ Revista de Processo n. 05, jan/mar de 1977, p. 128-159. O texto original, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, encontra-se publicado na Rivista di Diritto Processuale, Pádua, v. 30, 1975, p. 362-402.

⁴ Cf. “A Problemática dos Interesses Difusos”, conferência proferida em 24 de novembro de 1982, no Seminário sobre a Tutela dos Interesses Coletivos, na Faculdade de Direito da USP, publicada na excelente coletânea *A Tutela dos Direitos Difusos*. GRINOVER, Ada (Coord). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30-45.

⁵ Cf. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. Revista de Direito Administrativo, n. 139, jan/mar de 1980, p. 1-10; e também *A Legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro*. Revista Forense, out. de 1981, vol. 176, p. 1-6; e “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”, conferência proferida em agosto de 1982, publicada na coletânea nele referida.

⁶ Cf. *Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a Legitimação para Agir*, publicado na coletânea referida na nota 4, p.85-97.

Público, Édis Milaré, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Nelson Nery Júnior⁸.

No referido artigo, em tópico propriamente intitulado “A Complexidade da Sociedade Contemporânea e a Insuficiência de uma Tutela meramente Individual”, o doutrinador italiano, ao tempo em que ressaltou como a nossa sociedade vem convivendo com produção e troca de bens de consumo massificadas, foi enfático em afirmar que a Justiça já não poderia mais ser invocada apenas contra violações de caráter individual, devendo, ao contrário, de forma cada vez mais freqüente sê-lo contra violações de caráter essencialmente coletivo.

Também referiu o autor, naquele mesmo tópico, outro fenômeno típico de nossa época: o **mégalo-urbanismo**, ou a explosão das cidades. A realidade vivida nas grandes metrópoles brasileiras (São Paulo e seus mais dez milhões de habitantes é o melhor exemplo), bem demonstra a peculiaridade dos novos direitos urbanos que surgem, impondo uma outra visão acerca dos direitos de vizinhança, assim como um maior controle público sobre a ocupação do solo urbano e a poluição do ar.

Com efeito, a revolução industrial e a produção em série que ela viabilizou desde o final do século passado, somadas a um incremento populacional nunca antes visto na história da humanidade, ocasionado principalmente pelo desenvolvimento da medicina e pela melhoria das condições básicas de vida das populações, deram origem às **relações de massa**.

As transações comerciais e os contratos passaram a não mais resultar de contatos diretos entre os envolvidos. Os bens (e mais modernamente os serviços) de

⁷ Cf. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos, publicado originalmente em 1978 (In: Estudos sobre o Amanhã, Caderno n. 2, São Paulo) e também na coletânea referida na nota 4, p. 9-27. No texto, o emérito catedrático da PUC-SP dispensa especial atenção ao trabalho de Cappelletti.

consumo, produzidos em série, deixaram de ser elaborados para atender necessidades individualizadas. O capital avançou sobre a sociedade e fez-se necessário que o Estado garantisse direitos sociais sob pena de desagregação social. A incessante procura pelo lucro imediato mostrou-se perigosamente ameaçadora contra a natureza e contra o próprio homem.

O surgimento das massas também ocasionou profundos efeitos no campo político, na medida em que permitiu manifestações populares de proporções significativas veiculadoras de pressões e anseios do povo em participar das questões de governo e das decisões sobre seu destino⁹. O movimento pelas Diretas-Já, que reuniu milhões de brasileiros em comícios realizados nas capitais no ano de 1984 em favor da eleição direta do presidente da República no processo de reabertura democrática, e as multidões de “caras-pintadas”, jovens que foram às ruas com os rostos pintados de verde-amarelo para pedir o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello em 1992, demonstram bem o efeito dessas mobilizações. Ainda que a primeira eleição presidencial tenha sido indireta, foi escolhido pelo voto dos congressistas o líder do movimento pelas Diretas: Tancredo Neves. E Collor sofreu o *impeachment*. Ainda que não se possa desconsiderar as negociações políticas e os interesses econômicos que envolveram ambas as decisões, é inegável a força do movimento popular.

Por outro lado, a comunicação de massa vêm permitindo maior transparência das discussões políticas relevantes travadas no Congresso Nacional e, principalmente, um acompanhamento mais direto e completo do cidadão em relação à gestão da coisa pública e condução das questões políticas, servindo de excelente

⁸ Responsáveis, os três membros do MP/SP, pela obra *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984, base doutrinária do projeto de lei da ação civil pública apreciado pelo Congresso Nacional, na qual, por seguidas vezes, o pensamento de Cappelletti é citado.

⁹ ORTEGA Y GASSET desenvolve o tema em profundidade em *A Rebelião das Massas*, Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959, pp. 59 e ss.

exemplo a transmissão ao vivo e completa dos depoimentos prestados na Comissão Parlamentar de Inquérito que apura irregularidades nos Correios e vem desvendando práticas nefastas da política brasileira.

Já o avanço da tecnologia, em especial da *internet*, além de permitir um considerável incremento na difusão das informações, tem servido para viabilizar novas formas de participação direta do cidadão quanto às decisões mais relevantes, ampliando as formas de participação direta da população nas decisões políticas. Emblemático, nesse sentido é o projeto *Cybervote*, desenvolvido pela Comunidade Européia desde 2000, voltado à viabilização de meios de votação pela *Internet* no intuito de diminuir a alta abstenção eleitoral nos países daquele continente. Em 2002, nas eleições municipais da Grã-Bretanha, a votação por esse sistema foi testada em alguns distritos de 30 municípios¹⁰.

A maior transparência e a ampliação do acesso à informação e à participação ensejadas pela massificação dos meios de comunicação e desenvolvimento da tecnologia são o lado bom da massificação no mundo atual e tendem a repercutir positivamente nas democracias modernas, viabilizando um significativo incremento da cidadania no exercício do poder.

Essas recentes evoluções não invalidam constatações feitas por CAPPELLETTI em conferência proferida no Rio Grande do Sul¹¹ acerca de outras características de nosso tempo. A **pobreza econômica** e, especialmente, a pobreza cultural, social e jurídica dela advinda, de onde resulta um **sentimento de alienação** do cidadão frente aos obstáculos institucionais e legais, é uma delas. Efetivamente, cada

¹⁰ ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira. *O Voto e a Internet*, op. cit..

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. “A Tutela dos Interesses Difusos”, Conferência proferida na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, em 27 de novembro de 1984, traduzida pelo então Promotor de Justiça Tupinambá Pinto de Azevedo, cujo texto consta da Rev. da AJURIS, n. 33, 1985, p. 169-182

vez mais a população sente-se acuada diante dos fenômenos macroeconômicos que conduzem suas vidas e inertes frente a tantas lesões novas de direitos que, não raras vezes, sequer são conhecidos do povo. Igual menção mereceu a **multinacionalização das empresas**, que passam a atuar (e, seguidas vezes, violar direitos) em inúmeros países, bem distantes de suas sedes e mesmo de suas filiais.

A essas características cabe acrescentar o moderno processo de **globalização econômica**, com ampla e volátil circulação mundial de capital (grande parte dele de origem ilícita), não referido pelo professor de Stanford, certamente, por ser um fenômeno menos evidente há quase trinta anos atrás, quando trouxe a lume suas idéias. Não pode, contudo, ser desconsiderado na análise dos substratos materiais que justificam a tutela coletiva¹², visto que é desdobramento do capitalismo multinacional de massa, sendo mesmo previsível sua ocorrência.

FERRAZ, MILARÉ E NERY JUNIOR. destacaram ainda o fenômeno da **cartelização**, a **hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica** e o aparecimento dos meios de **comunicação de massa**, lembrando que, não obstante serem todos ocasionados pelo próprio homem, escaparam do seu controle e voltaram-se contra ele próprio¹³.

¹² Neste trabalho, a expressão *tutela coletiva* será utilizada para referir a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), seja ela pela via judicial, merecedora da maior parte das considerações apresentadas na seqüência, seja pela via extrajudicial, notadamente por meio dos compromissos de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, Lei 7.347/85, doravante também denominada Lei da Ação Civil Pública ou, simplesmente, LACP). A opção ampliativa conferida à expressão *tutela coletiva*, se peca pela falta de rigorismo jurídico em decorrência da vagueza da expressão, guarda maior sintonia com a realidade e o instrumental jurídico brasileiros de defesa dos direitos coletivos, não restritos à via jurisdicional. Ademais, à via extrajudicial aplicam-se muitas das considerações apresentadas acerca do Estado Democrático de Direito, da democracia e da participação política, sem que se justifique, em cada caso, uma distinção entre os reflexos em uma e outra via. Às vezes, a distinção será óbvia; em outras, irrelevante.

¹³ Op. cit. p. 54.

São, todas, circunstâncias sociais que deram aos direitos coletivos dimensões e importância nunca antes vistas, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, inviabilizaram o seu acesso à Justiça. Não que esses direitos difusos e coletivos não existissem antes (já no direito romano *ÉDIS MILARÉ et alii* os identificavam¹⁴); pelo contrário, são decorrências naturais da sociedade, “conaturais” a ela, no dizer dos autores citados. Certo é que, com as transformações sociais havidas notadamente no último século, o “problema emergiu com uma importância extraordinária, sem precedentes na história do homem”¹⁵.

Todo esse incremento social determinou uma sobrecarga de demandas perante o Poder Judiciário ensejando uma outra razão, esta de política judiciária, para a coletivização das demandas: a **economia processual**¹⁶. Também a **uniformização da jurisprudência**¹⁷ como direito do cidadão em uma sociedade de massas em que as lesões atingem um número elevadíssimo de pessoas mas são resolvidas, freqüentemente, de forma díspar, pode ser elencada como um motivo ensejador da tutela jurisdicional coletiva.

Dessas mudanças fáticas, surgiram novos valores na sociedade que foram se refletindo na positivação de novos direitos humanos, objeto do próximo tópico.

¹⁴ Op. cit., p. 47-49, onde os autores dão o seguinte exemplo, citando passagem de Vittorio Scialoja: “se uma rua é deteriorada por Tício, eu, precisando passar por ali, tendo interesse em que a rua seja colocada novamente em condições de uso, aciono contra Tício com o interdito apropriado.”

¹⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A Tutela dos Interesses Difusos, op. cit., p. 172

¹⁶ Cf. MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 19.

¹⁷ Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2003.

1.2. A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POSITIVADOS

A ampliação conceitual dos direitos humanos, com o surgimento dos direitos sociais (também econômicos e culturais, ditos de 2ª geração) e dos direitos de terceira geração (ao meio ambiente equilibrado, à correta e completa informação, à paz etc), fruto das transformações sócio-político-econômicas vividas no século passado, determinou a positivação de direitos que não encontravam adequada tutela jurisdicional no processo civil clássico, de orientação individualista. Isso porque esses direitos, de regra, assumem um formato essencialmente coletivo, pelo que demandam uma igualmente coletiva tutela jurisdicional. As dificuldades que permeiam essa tutela, todavia, não podem inviabilizá-la, pois de nada vale assegurar direitos e não lhes garantir a efetivação.

Para uma melhor compreensão dessa evolução conceitual e sua positivação, seguem breves referências informadas por uma concepção materialista de caráter histórico-cultural, que reconhece os direitos como resultado do processo histórico e suas contingências políticas, econômicas e ideológicas¹⁸.

Nos séculos XVII e XVIII foram positivados os direitos fundamentais individuais, baseados na liberdade e na igualdade formal. Tempos de John Locke e de Rousseau, cujos pensamentos influenciaram sobremaneira as revoluções liberais do século XVIII (Independência das 13 colônias americanas, 1776, e Revolução Francesa, 1789), que positivaram os direitos fundamentais individuais como direitos civis e políticos, notadamente a liberdade e a propriedade (que deveriam ser respeitadas por todos, inclusive pelo Estado), em seus documentos principais: a Constituição

¹⁸ Nesse sentido o trabalho de DORNELLES, João Ricardo. Sobre a Fundamentação Histórica e Filosófica dos Direitos Humanos. *Direito, Estado e Sociedade*, n 1, p. 31-42, jul/dez de 1991.

Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Surgia, na mesma época, um Poder Judiciário independente dos demais e uma visão clássica e individualista do direito que, linhas gerais, persiste até os dias de hoje.

Com o tempo, a sociedade se transformou. Os direitos conquistados pela burguesia ensejaram um grande desenvolvimento do capitalismo liberal que, por sua vez, deu origem ao proletariado urbano-industrial e à progressiva concentração do capital. Originou-se, em resposta a isso, a ideologia socialista e, paralelamente, ocorreu a organização do movimento operário europeu e norte-americano, que evidenciou o fosso existente entre as declarações de igualdade de direitos, de liberdade para todos, e a realidade da vida dos trabalhadores.

Também a Igreja Católica, já em 1891, propunha uma intervenção estatal nas questões sociais¹⁹. Evidenciavam-se, assim, as limitações de uma concepção de perspectiva individual, meramente formal e declaratória de direitos, onde o Estado mais devia se abster do que atuar. Estava criado o contexto social para a positivação dos direitos sociais, os quais exigiam do Estado uma intervenção positiva em favor do alcance de uma igualdade material. Surgia, dentro das sociedades capitalistas, o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), com uma maior participação do Estado na condução da vida em sociedade.

Essa nova visão tanto se manifestou nas relações capital *versus* trabalho (limitação da jornada, proibição do trabalho infantil, garantia de uma remuneração mínima, condições de segurança e salubridade no local de trabalho), como nas relações entre Estado e sociedade (direito à saúde, à educação, à previdência social - deveres positivos do Estado para com seus cidadãos) fazendo surgir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos, embora passíveis de titularidade

individual, como o demonstram as inúmeras demandas trabalhistas clássicas, foram assumindo, com a evolução da sociedade, um nítido contorno coletivo, sendo titularizados ora por um grupo, categoria ou classe de pessoas (salubridade nos locais de trabalho), ora de maneira difusa por toda a sociedade (direito à manutenção de escolas e hospitais públicos que assegurem saúde e educação à população em geral).

Durante o século XX, novos conflitos e contradições do modelo sócio-econômico vigente evidenciaram a necessidade de outra evolução conceitual e positivada dos direitos humanos fundamentais. Das duas grandes guerras, da “Guerra Fria” e do desenvolvimento da energia nuclear surgiu a ameaça da destruição total, do extermínio da humanidade. A transnacionalização das empresas, que se dirigiram para países menos desenvolvidos onde a mão-de-obra era (e é) barata e os recursos naturais fartos (até quando?), reflexo de um ciclo monopolizante e expansionista do capitalismo internacional, determinou a ampliação do uso intensivo das fontes de energia e dos recursos naturais de todas as regiões do planeta. Tudo isso repercutiu em descontrolada destruição ambiental, afetando principalmente os países do chamado “terceiro mundo”.

Dessa nova realidade, surgiram novos anseios e novas demandas da sociedade, culminando na positivação de novos direitos humanos fundamentais: o direito à paz, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, direito ao patrimônio cultural da humanidade, à informação. Era a terceira geração de direitos, denominados por parte da doutrina como “de Solidariedade” ou “de Fraternidade”.

Da evolução apresentada, constata-se facilmente que o reconhecimento pelo ordenamento jurídico (positivação) dos direitos de segunda e terceira gerações deu-se em período posterior à formulação da concepção clássica do processo, liberal e individualista, que, por isso mesmo, não previa mecanismos para

¹⁹ Encíclica Papal *Rerum Novarum*..

tutelá-los satisfatoriamente. A tutela jurisdicional coletiva, contudo, só se viabilizou após a positivação dos direitos da terceira geração (e não da segunda), o que se deve, pode-se supor, à vetusta idéia da impossibilidade de se judicializar coletivamente os direitos sociais em razão de sua inexigibilidade advinda dos fatores extrajurídicos referidos no tópico anterior. Acertadamente, a inafastabilidade do controle jurisdicional, com assento constitucional (art. 5º, XXXV), e a moderna doutrina que admite a judicialização, ainda que limitada, das políticas públicas²⁰, vêm hoje revertendo essa tendência. E tudo se deve dar no âmbito da tutela jurisdicional coletiva.

Para finalizar este tópico e anunciar o próximo, convém lembrar uma vez mais as palavras de NOBERTO BOBBIO²¹: “Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.

1.3. O ACESSO À JUSTIÇA E A MUDANÇA DE PARADIGMA: DO INDIVIDUAL PARA O COLETIVO

Retornando uma vez mais aos ensinamentos de CAPPELLETTI, vale repetir a pergunta que fez: “Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea?” e a resposta que apresentou: “Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio

²⁰ Para aprofundar o tema: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, São Paulo: Max Limonad, 2000; GOMES, Luiz Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, e MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas, in MILARÉ, ÉDIS (Coord). *Ação Civil Pública – 15 anos*, RT.

²¹ *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 63.

ambiente, etc)”.²² Com efeito, de nada vale assegurar direitos se não cuida o legislador de viabilizá-los, garantir sua efetivação.

A revolução, contudo, não seria fácil. Fazia-se necessário viabilizar a tutela jurisdicional dos novos direitos (de segunda e terceira geração) bem como daquelas lesões de massa referidas anteriormente, ainda que de repercussão individual, garantindo-lhes o acesso à Justiça, particularmente relevante em um Estado que se pretende Democrático de Direito. E, como lembra CAPPELLETTI: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²³ e, mais adiante, “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”. Trata-se da **visão instrumentalista do processo**, entre nós magistralmente analisada por DINAMARCO²⁴. Vê-se, pois, que a questão do acesso à justiça está no centro da problemática que deu origem à tutela jurisdicional coletiva, merecendo, pois, atenção especial.

O mesmo CAPPELLETTI identificou os seguintes obstáculos ao acesso à Justiça²⁵ sob o ponto de vista processual, em apertado resumo: 1) **custas judiciais**, seja no pertinente àquelas propriamente ditas, seja no que se refere às indiretas (gastos com advogados, tempo para manter uma causa, etc.), problema de dramática relevância nas pequenas causas individuais; 2) **diferentes possibilidades das partes**, seja quanto aos recursos financeiros (nos quais as grandes empresas e o Estado – principais agressores dos interesses coletivos – superam em muito os indivíduos atingidos); seja quanto à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua

²² *Tutela dos Interesses Difusos*, op. cit., p.172.

²³ *Acesso à Justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.

²⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros.

defesa; seja, ainda, quanto às diferenças evidentes entre os litigantes habituais e os eventuais, contando aqueles com maior experiência e possibilidade de planejamento do litígio, além de se beneficiarem com a possibilidade de criarem bancos de dados (de ações e julgados) e relações informais com a autoridade que decide, diminuindo, assim, os riscos da demanda, e 3) **problemas especiais dos interesses difusos**: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.

Para resolver esses entraves o autor identificou, nos vários ordenamentos jurídicos por ele estudados, algumas soluções práticas e dividiu-as no que convencionou chamar de “ondas” do movimento internacional em favor do acesso à justiça²⁶:

- a “primeira onda” respeita à assistência judiciária para os pobres e aos juizados de pequenas causas, busca resolver o entrave relacionado às custas judiciais, mas refoge totalmente ao objeto deste estudo;

- a segunda diz com a representação jurídica dos interesses “difusos”, no intuito de superar as noções tradicionais básicas do processo civil e garantir um autor para esses direitos;

- a terceira implica um enfoque global de acesso à justiça, determinando um repensar em toda a estrutura judiciária.

Com tais preocupações surgiu a tutela jurisdicional coletiva para garantir o acesso à justiça daqueles direitos que ficariam excluídos da apreciação judicial e enfrentar os dilemas principais postos diante do processo civil clássico, de

²⁵ *Acesso à Justiça*, op. cit., p. 15-31.

²⁶ *Ibidem*, p. 31-73.

orientação individualista²⁷, promovendo alterações que se faziam imprescindíveis em particular nas seguintes áreas:

➤ **legitimação para defesa em juízo dos referidos direitos**, visto que, sendo coletivos ou abrangendo um número significativo de lesados, seria inviável garantir o comparecimento e a oitiva de todos os interessados em juízo, fazendo-se necessário eleger um *representante adequado*, ou, na terminologia brasileira, um legitimado coletivo;

➤ **ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada**, pois esta passaria a atingir pessoas que não integraram a lide, não participaram do contraditório;

➤ **incremento dos poderes do juiz**, o qual precisaria passar a dispor de meios para evitar a lesão dos direitos tutelados e não apenas garantir o futuro ressarcimento que, na maioria das vezes, de nada vale na proteção dos direitos tutelados.

A revolução jurídica que se promoveu para implementar tais alterações, primeiro com a Lei 7.347 e, cinco anos mais tarde, com o Código de Defesa do Consumidor (em especial no título III), só pode ser adequadamente assimilada, inclusive sob o seu aspecto teleológico, se analisada a partir dos três propósitos acima referidos.

Mas não apenas.

É preciso ter presente que o acesso à justiça de que tratava CAPPELLETTI e que mereceu *status* constitucional no direito brasileiro, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta ("a lei não excluirá *da apreciação do Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito"), vale dizer, acesso à tutela jurisdicional, não é o único enfoque sob o

²⁷ No processo civil brasileiro, servem de excelente exemplo dessa ideologia individual clássica os art. 3º, 6º e 472 do respectivo código.

qual pode ser visualizada a matéria. ANTÔNIO HERMAN BENJAMIM²⁸ ressalta ser esse sentido restrito da expressão *acesso à justiça*, indicando a existência de outros dois. Um mais amplo, embora, segundo o autor, ainda insuficiente, refere-se à tutela de direitos ou interesses violados, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. É nesse sentido que o termo será utilizado neste trabalho. Outro, integral, equivaleria ao “*acesso ao Direito*, vale dizer, a uma *ordem jurídica justa* (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), *conhecida* (=social e individualmente reconhecida) e *implementável* (=efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas”. O autor denomina esse *acesso integral* de *acesso ao poder*.

Na verdade, o acesso à justiça, mormente em se tratando de direitos coletivos, é, em qualquer de seus enfoques, um acesso ao poder, como se demonstrará.

²⁸ *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: *Ação Civil Pública – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. MILARÉ, Édís (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 74/5.

CAPÍTULO II – A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O EFEITO IRRADIADOR DE VALORES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA SOBRE A ORDEM JURÍDICA E O PROCESSO

Inaugurava a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, o Título I, denominado “Da Organização Nacional, em cujo artigo 1º se lia:

“Art. 1º O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§1º Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

De forma radicalmente diversa inaugura a Constituição Federal de 1988 o Título denominado “Dos Princípios Fundamentais”, em cujo artigo primeiro consta que:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A diferença é sensível e se expressa por si, dando normatividade e evidência aos princípios fundamentais. Serve a colaborar para a compreensão do dispositivo a doutrina de INGO SARLET:

“A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente a Constituição deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais (...).”²⁹

Os princípios fundamentais são como “luzes irradiantes” para a interpretação constitucional, provendo o intérprete com elementos axiológicos capazes de assegurar uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional. Cada princípio oferece uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do ordenamento constitucional, servindo à adequação de regras jurídicas aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo. Em outras palavras, **os princípios constitucionais fundamentais servem a alicerçar todo o complexo normativo ou irradiarem-se ou pairarem sobre todas as demais normas jurídicas que mereçam ser interpretadas e compreendidas.** Como argutamente observou FABRÍCIO MURARO NOVAIS (p. 128):

“... tais princípios - que são autênticos geradores de energia sistêmica - vão obrigatoriamente produzir no sistema jurídico duas espécies de força, uma **centrípeta**, capaz de propiciar a tão desejada **unidade de sentido** da Constituição brasileira e outra **centrífuga** que ao transpor as fronteiras do Texto Constitucional **norteará a atividade do intérprete** e entrelaçará todas as demais normas jurídicas de hierarquia inferior.”

Em outras palavras, agem esses princípios como agentes catalisadores do ordenamento constitucional, definindo estratégias razoáveis de interpretação, fazendo-se da Constituição e do sistema jurídico que ela informa muito mais do que um simples aglomerado de regras jurídicas desconexas umas com as outras.

O Estado Democrático de Direito é, sem dúvida, o mais importante dos princípios fundamentais relacionados à organização política do Estado brasileiro, pelo que lhe serve de elemento embasador e informador de toda nossa ordem constitucional vigente.

Representa, o Estado Democrático de Direito, o estágio mais avançado da configuração do Estado de Direito e, assim como ocorreu com as gerações de direitos humanos, a evolução do conceito de seu conceito deu-se de forma progressiva-conglobante, vale dizer, sem o abandono dos avanços e conquistas alcançados nas fases anteriores. Da mesma forma que o reconhecimento e positivação dos direitos sociais e econômicos (ditos de segunda geração) não implicou o abandono aos direitos civis e políticos (primeira geração) e o advento dos direitos de terceira geração (ao meio ambiente equilibrado, por exemplo) não dispensou os avanços

²⁹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 110/111

anteriores, o Estado Democrático de Direito engloba em sua essência elementos do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, havendo inclusive autores que o denominam Estados Democrático (e Social) de Direito³⁰.

Com efeito, continuam presentes no Estado Democrático de Direito os elementos caracterizadores do Estado de Direito clássico, vale dizer: asseguramento dos direitos e garantias individuais (direitos de proteção do cidadão contra o Estado tais como os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal, da liberdade de expressão, de crença e de associação para fins lícitos etc), submissão de todos – inclusive dos governantes – ao primado da lei elaborada pelos representantes do povo e a separação dos poderes. Do mesmo modo no que se refere ao grande avanço que significou a preocupação do Estado Social com a igualdade material (superando-se a formal, típica do Estado de Direito liberal) por meio da positivação de direitos sociais, culturais e econômicos de incumbência do Estado e mesmo das empresas.

Mas o Estado Democrático de Direito vai além dos modelos predecessores, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado social de Direito que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja

³⁰ Nesse sentido, Ingo Sarlet, *op. cit.*

a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”³¹.

O **grande diferencial** do Estado Democrático de Direito em relação aos modelos antes dominantes está na *forma* pela qual se fará a aludida “transformação do *status quo*” na busca da justiça material: o **princípio democrático**. Ele é que serve de elemento determinante na plena e máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles voltados à redução das desigualdades (os direitos sociais), adotada esta efetivação como a finalidade primordial do Estado Democrático de Direito (art. 3º, III, CF). Está consagrado no parágrafo único do mesmo artigo primeiro, que reconhece no povo a fonte emanadora de todo o poder e prevê, expressamente o exercício direto do poder ao lado daquele que se concretiza por meio de representantes³². Tem-se, assim, um processo político em que o *povo é o maior protagonista*, seja por meio de eleição periódica de representantes para todos os níveis, seja através da participação direta.

³¹ Cf. *O Estado Democrático de Direito*, Revista de Direito Administrativo, n. 173, p. 21, artigo cujo conteúdo foi integralmente reproduzido no Curso de Direito Positivo do mesmo autor.

³² Uma rápida comparação com o que dispunha o art. 1º e o respectivo parágrafo único da Constituição de 1967/69 permite melhor compreender o alcance transformador do dispositivo da Carta atual. Dizia o artigo que “O Brasil é uma República Federativa, *constituída sob o regime representativo*, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

Sobre o princípio democrático, diz JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, emérito constitucionalista português de inquestionável influência na doutrina brasileira³³:

“Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia e participar dos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”³⁴

Essencialmente, introduz-se o povo como agente direto no processo político e não apenas pela via representativa³⁵.

Já a **finalidade** do Estado Democrático de Direito extrai-se do preâmbulo de nossa Constituição, no qual se lê que ela foi promulgada “para instituir um Estado Democrático de Direito, *destinado a* assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

³³ Oportuno registrar que a Constituição Portuguesa de 1976, a Lei Fundamental Alemã de 1949 e a Constituição italiana de 1947 figuram dentre as que mais influenciaram o constituinte brasileiro de 1987/88, pelo que merece especial atenção a doutrina constitucional desses países. Especificamente no ponto ora abordado, a Constituição Portuguesa, no art. 2º, também consagra o princípio democrático em termos pouco destoantes dos aqui adotados: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, p. 282.

³⁵ Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004, p. 176.

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos.”

Também o art. 3º, incisos I e III, aponta na mesma direção, visto que, segundo ele, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - que se constitui em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º - construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I) e erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

Como reconhece JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Comentário Contextual à Constituição*, “os preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa”.³⁶ O mesmo autor ressalta, a partir do texto do preâmbulo, que a Assembléia Constituinte se propôs a instituir (criar) não “o” Estado Democrático de Direito, mas “um” Estado Democrático. Quis, no ensinamento do abalizado doutrinador, com isso dizer que “não se cogitava de adotar o Estado Democrático clássico, como mero Estado de Direito como Estado contraposto ao Estado *gendarme* e ao Estado despótico. O artigo indefinido “um” tem, no contexto, função diretiva importante, conotativa da idéia de que o objetivo era instituir um tipo diferente de Estado Democrático, com nova destinação, qual seja, a de assegurar os *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esse objetivo se realiza no art. 1º com concretização normativa do *Estado Democrático de Direito*, que, como visto, não é a simples soma dos princípios do Estado dos princípios do Estado Democrático tradicional e do Estado Liberal de Direito. Significa isso que onde a

³⁶ Op. cit. p. 22.

Constituição fala em “Estado Democrático” está se referindo a esse que ela instituiu no art. 1º em cumprimento ao previsto no Preâmbulo”.³⁷

Em outro ponto da obra³⁸ o autor esclarece que o termo “constituir” no art. 1º exprime um juízo afirmativo de existência, afastando a idéia de que o Estado Democrático de Direito seria uma promessa. Trata-se de afirmação da realidade com o conteúdo definido da própria Constituição. Constitui-se não em um *dever-ser* mas de uma regra *ôntica*, porquanto denota o que é.

Ainda tomando as lições do célebre constitucionalista brasileiro, interessa notar que, da redação do artigo 1º de nossa Carta, em que o termo *democrático* qualifica o *Estado*, extrai-se que os valores da democracia se irradiam sobre todos os seus elementos constitutivos, aí incluindo, necessariamente, a ordem jurídica³⁹.

De tudo se conclui que, por um lado, afasta-se a idéia do Estado Democrático clássico, criando-se um modelo diferente, com *modus operandi* (participação direta do povo, protagonista no exercício do poder) e destinação (finalidade) específicos (redução das desigualdades sociais na busca da igualdade material e da justiça como valores fundantes de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos), disciplinados na Constituição (art. 1º e 3º); por outro, se faz dessa opção não mera promessa, mas realidade jurídica atual. Para o Estado Democrático de Direito não basta a mera declaração dos direitos fundamentais, eles são positivados na Constituição para serem efetivados na realidade social, objetivando concretizar uma democracia material e não apenas formal, o que se alcança com a participação do povo.

Preocupado com a efetivação dos direitos coletivos – de maior repercussão social e essenciais para a redução das desigualdades – e atento ao caminho

³⁷ Ibidem, p. 23.

³⁸ Ibidem, p. 32.

³⁹ Cf. *O Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 21.

da participação como melhor meio de viabilizá-la, o constituinte brasileiro dedicou especial atenção aos **mecanismos de tutela judicial e extrajudicial dos direitos metaindividuais**, assegurando um passo adiante do Estado Democrático de Direito em relação ao Estado Social, visto que este apenas afirmava os direitos sociais, enquanto aquele busca promover o efetivo e amplo acesso à justiça deles. Com razão, GEISA RODRIGUES registra que “o Estado Democrático de Direito tem como decorrência fundamental a proteção coletiva desses direitos, porque a tutela estritamente individual não permite o verdadeiro acesso à justiça dessas demandas.”⁴⁰ Por isso é que o acesso à justiça dos direitos transindividuais foi escolhido, junto com a dimensão participativa da democracia, dentre as três decorrências fundamentais da estruturação do Estado Democrático de Direito que a autora elegeu para nortear seus estudos sobre a *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta*⁴¹. Para o mesmo enfoque volta-se este trabalho.

Guardam, pois, íntima relação com o Estado Democrático de Direito todos aqueles dispositivos constitucionais relacionados à garantia do acesso à justiça dos direitos coletivos, especialmente quando reconhecida a legitimidade da cidadania, individual ou coletivamente considerada, para a defesa desses direitos. O primeiro dispositivo a merecer referência é o art. 5º, XXXV, que garante o acesso à justiça não apenas de lesão mas também de ameaça (aspecto preventivo), seja de direito individual seja de coletivo (art. 5º, XXXV⁴²).

⁴⁰ Op. cit. p. 37.

⁴¹ A terceira é concepção de uma instituição especialmente dedicada à defesa da democracia e dos direitos [o Ministério Público].

⁴² Enquanto o dispositivo referido estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”, sem qualquer distinção, a Constituição de 1967/69 assegurava apenas que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A Emenda Constitucional n. 7 de 77 restringiu ainda mais o direito acrescentando que “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. A comparação

Autorizando o cidadão a defender interesses difusos como o meio ambiente e a moralidade administrativa, destaca-se a previsão constitucional da ação popular (art. 5º, LXXIII). Sob a perspectiva coletiva, o artigo 5º, incisos XXI, que prevê legitimidade das associações para defender em juízo interesses de seus associados, e LXX, legitimando partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações para o mandado de segurança coletivo; o art. 8º, III, que legitima os sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, e o art. 129, III e §1º, que legitimam o Ministério Público, sem exclusão de terceiros (referendando o ampliado rol do art. 5º da Lei 7.347/85). Sob a perspectiva extrajudicial, merece destaque a constitucionalização do inquérito civil (art. 129, III), expressamente previsto como um instrumento voltado à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Analisando esse contexto, LUIZ GUILHERME MARINONI vê na tutela coletiva estreita ligação à idéia de democracia participativa, na medida em que ela corresponde à necessária estruturação de institutos jurídicos capazes de servir como instrumentos de participação para que o cidadão, de forma não solitária (uma necessidade diante da impotência do indivíduo em uma sociedade de massa), influa nas decisões que envolvam o seu destino, assim como na gestão do bem comum⁴³.

Não apenas na tutela coletiva, como bem anota MARIA SYLVIA DI PIETRO⁴⁴, no atual Estado Democrático de Direito a participação do particular na Administração Pública supera as antigas formas de mera delegação do Poder Público, característica do Estado Liberal, e de colaboração através de atividade paralela,

dos dispositivos é auto-explicativa para fins de demonstrar a ampliação da garantia do acesso à justiça na última constituição.

⁴³ Cf. Tutela Inibitória, op. cit. p. 92, onde o autor cita também, no mesmo sentido, trabalho de Elival da Silva Ramos intitulado *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991.

⁴⁴ In *Participação Popular na Administração Pública*, op. cit. p.

característica do Estado Social de Direito, e se dá na forma de participação direta na gestão e no controle da Administração Pública, destacando-se como meio mais eficaz o recurso ao Poder Judiciário.

Na verdade, o que se constata é que o Estado Democrático de Direito gerou e vem gerando uma *cidadania ativa*⁴⁵, capaz de espalhar mecanismos de participação pela atividade legislativa, administrativa e judicial, como muito adequadamente observou GEISA RODRIGUES:

“Temos assim o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei na esfera legislativa (art. 14, CF). Na atividade jurisdicional, os processos coletivos permitem a participação política dos cidadãos individualmente, como no caso da ação popular, ou de forma associada, como na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo. Na atividade executiva, a participação pode se dar através dos seguintes instrumentos, dentre outros enumerados por Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴⁶: coleta de opinião, debate público, audiência pública, provocação do inquérito civil e atuação em colegiado público, a exemplo dos Conselhos de saúde, de assistência social, de meio ambiente”.

Vale citar ainda as audiências públicas previstas nas recentes legislações que disciplinam as agências⁴⁷.

⁴⁵ A expressão é de Maria Victoria de Mesquita Benevides e serve de título de sua obra *A Cidadania Ativa*. Referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Editora Ática, 1998.

⁴⁶ A referência diz respeito à obra *Direito da participação política, administrativa e judicial*, op. cit..

⁴⁷ Por exemplo, dispõe o §3º do art. 4º da Lei 9.427/96, que instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica: “§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”. No Mato Grosso do Sul, com a participação direta deste autor, como membro do Ministério Público Federal responsável pela área do consumidor, foi possível constatar a enorme valia dessas audiências por ocasião do reposicionamento tarifário verificado em 2002 em favor da concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica do Estado –

Não é difícil perceber, contudo, que é na tutela coletiva que mais eficaz se faz a participação da cidadania⁴⁸.

Antes de seguir, impende tecer algumas poucas considerações sobre interpretação e hermenêutica constitucional, bem como sobre o valor desempenhado pelos princípios fundamentais nesse contexto, tendo em vista ser o Estado Democrático de Direito (ou o princípio democrático dele decorrente) o mais importante princípio disciplinador da organização política brasileira.

Tem-se a interpretação constitucional como a atividade que visa construir o sentido, alcance e conteúdo das normas constitucionais, a partir de uma “moldura” (texto constitucional), por meio de regras e princípios presentes na estrutura de uma Constituição. Não há aplicação da norma sem interpretação que a preceda. A norma por mais que se queira tê-la por líquida e transparente, nem por isso prescindirá de interpretação⁴⁹. A hermenêutica é a arte de interpretar, é a ciência que estuda e sistematiza os processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito. Cabe à hermenêutica jurídica reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e cuidar para que esses valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade, devendo procurar servir à dignidade e à natureza humana.

ENERSUL. Tendo a agência feito uma audiência pública por força do dispositivo transcrito, a sociedade civil, a Assembléia Legislativa e o Ministério Público solicitaram mais duas audiências onde todo o processo de reposicionamento foi detidamente esmiuçado, com a participação de professores e profissionais especializados na matéria. Ainda que a defesa das teses da sociedade civil não tenham convencido a Agência a mudar sua posição original em favor de um reposicionamento de 42,26%, as audiências bem instrumentalizaram uma ação civil pública proposta para rever o cálculo. Dispositivo idêntico consta da lei que instituem a Agência Nacional do Petróleo (9478/97, art. 19).

⁴⁸ Apenas para exemplificar essa eficácia, cabe referir a ação popular ajuizada em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, por cidadãos em sua maioria professores e alunos da Universidade Federal, mobilizados contra a construção, pela prefeitura, de avenida que atravessaria unidade de conservação ambiental de interesse da Universidade. Na ação, autuada sob o número 2002.60.006992-5, os autores lograram obter, por provimento liminar, sustação dos atos executivos que tentavam impedir, há semanas, com mobilização no conselho municipal do meio ambiente e mesmo com passeatas e acampamento no local, sem sucesso.

⁴⁹ Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 46.

No positivismo, buscava-se possibilitar a formulação de um sistema jurídico calcado em um rigorismo lógico-formal voltado à previsibilidade das decisões (privilegiando, pois, a segurança jurídica), afastando interpretações livres e subjetivas. Temia-se a existência de normas jurídicas dotadas de maior generalidade e abstração, verdadeiramente veiculadoras de valores por carecerem, segundo os positivistas, de “validade jurídico objetiva” e que, por isso, só seriam admitidas pelos adeptos do jus-naturalismo.

A complexidade da vida moderna, todavia, tornou impossível um sistema jurídico centrado exclusivamente em regras positivas objetivas e, numa fase que se denominou pós-positivismo, passou-se a distinguirem-se regras e princípios, ambos considerados como normas jurídicas, reconhecendo-se os princípios como prescritores de um valor, dotados de validade jurídica, positividade, como ensina WILLIS SANTIAGO apud Fabrício Novais – p. 64:

“Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporânea, que, em uma fase “pós-positivista”, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são *regras*, em cuja estrutura lógica-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são *princípios*, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a *prescrição de um valor*, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade”.⁵⁰

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR vê o lugar de destaque que hoje se reconhece aos princípios constitucionais na aplicação e interpretação de todas as

normas de nosso ordenamento como fruto de uma *responsabilidade dogmática* consistente em se dotar de função operacional os valores legitimantes do sistema⁵¹.

Reconhecido o caráter normativo dos princípios no pós-positivismo operou-se uma grande revolução na hermenêutica. Enquanto as regras, mais objetivas, identificavam condutas já valoradas pelo legislador e se submetiam a uma subsunção excludente, na base do “tudo ou nada” (aplica-se ou não e, se aplicada, o é de forma integral) com base em critérios hermenêuticos (hierarquia, tempo e especialidade) para escolha de qual regra se aplica em caso de confronto, os princípios, mais abstratos, identificadores de valores e fins, passaram a conferir maior liberdade ao intérprete.

Havendo, todavia, diferentes ideologias a inspirar cada etapa de evolução do conceito de Estado de Direito, algumas dificuldades interpretativas tendem a se apresentar. Para enfrentá-las assume relevância a luminar reflexão do emérito professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR em sua coletânea sobre a Interpretação e Estudos da Constituição de 1988, publicada em 1990 e já esgotada.

Comparando o Estado de Direito, que “exige forte afirmação da legalidade e, em conseqüência uma *interpretação de bloqueio* do Estado como base da hermenêutica constitucional”, com o Estado de Bem-Estar Social,⁵² que “caminha por processos teleológicos e valorativos, em uma franca percepção do mandamento

⁵⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 169.

⁵¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Legitimidade na Constituição de 1988* in **Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência. Supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 31, *apud* Rodrigues, Geisa de Assis, *op. cit.* p. 22.

⁵² O paralelo apresentado pelo autor é entre o Estado de Direito (liberal) e o Estado de Bem Estar Social (ou Estado Social) porque, para ele, o Estado Democrático de Direito seria tão-somente uma convergência entre Estado Social e Estado de Direito que cabe ao intérprete constitucional orientar e promover. Como visto, todavia, é hoje dominante o entendimento de que, não obstante contenha, de fato, elementos de um e outro, o Estado Democrático de Direito, ao menos no modelo consagrado pela Constituição Federal de 1988, vai além de ambos. Não obstante, a arguta percepção da convivência de dois critérios interpretativos permanece integralmente válida e útil, mesmo diante da ressalva, pois o Estado Democrático de Direito, no que se refere à sua finalidade (de especial interesse hermenêutico) coincide quase que *in totum* com o Estado Social. A divergência, como visto, está não na finalidade, mas no meio, para o qual ganha relevância a participação direta do povo.

constitucional como um *instrumento de legitimação* das tarefas postas ao Estado, a realizarem-se em benefício da sociedade”, adverte o célebre professor das Arcadas que “o encontro da interpretação de bloqueio com a interpretação por legitimidade é um complicado jogo de contenções e ampliações, cabendo ao intérprete decidir, *pelo tema*, qual a melhor forma de conciliá-las.” E conclui: naquilo em que o Estado avança sobre o indivíduo (cita o autor a matéria tributária), impõe-se *interpretação de bloqueio*, restritiva, pois se está diante de matéria típica do Estado de Direito; **já quando se trata de matéria destinada à redução das desigualdades sociais** (das quais os direitos sociais são a face mais evidente) impõe-se desenvolver uma *interpretação por legitimação*⁵³.

Tanto melhor se compreenderão as chamadas *interpretação de bloqueio* e *por legitimação* quanto melhor forem compreendidas as diferenças entre o Estado de Direito e o Estado Social (ou o Estado Democrático, com a mesma preocupação com a igualdade material).

Ressaltou o jurista que um dos traços centrais do Estado de Direito foi a fixação de uma ordem estatal sujeita a formalidades garantidoras da certeza e da segurança, protegendo-se a liberdade na *conformidade* com a lei e mediante limitações ao poder do Estado, privilegiando-se métodos da hermenêutica tradicional (gramatical, lógico, histórico e sistemático), tudo convergindo para a chamada *interpretação de bloqueio*, voltada a proibir excessos do Estado⁵⁴. Só ao legislador cabia criar o direito, dentro de limites postos rigidamente no texto constitucional.

Com o advento do Estado Social e a introdução de considerações de ordem axiológica na hermenêutica constitucional, tendo em conta que as Constituições passaram a não se preocupar exclusivamente em estabelecer limites ao Estado, mas

⁵³ Op. cit. pp. 9-11.

também objetivos e finalidades de sua atuação, **impôs-se uma revisão na hermenêutica tradicional**, visto que ao lado das interpretações de bloqueio (que continuavam cabíveis naquilo que o Estado Social mantivera do Estado de Direito) mereceram espaço também os chamados, pelo autor, *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição*, os quais conferem ao intérprete uma certa *discricionariedade hermenêutica*.

Ora, na medida em que o texto constitucional passa a se constituir em um sistema de valores (e não mais apenas um rol de limites ao Estado), a aplicação de suas normas, e essa é a pretensão de toda a Constituição, implica a realização desses valores e a hermenêutica se transforma em um *instrumento de realização política*. Como anota FERRAZ JUNIOR, “a hermenêutica constitucional deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma – com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa – para tornar-se um problema de valoração política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme o projeto ideológico.”⁵⁵

Surgem, então, reguladores dogmáticos para essa interpretação de legitimação, abertos e flexíveis, como é o caso da regra da proporcionalidade (os fins articulados e qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis) ou da regra da exigibilidade (o Estado Social está vinculado à realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista de sua viabilidade).

A utilização da “discricionariedade hermenêutica”, para utilizar o termo referido por FERRAZ JUNIOR, ou o ativismo jurídico, termo tantas vezes usado, põe em discussão uma questão fundamental: haveria afronta à democracia em se reconhecer tal poder a agente não eleito? Haveria uma contradição na prevalência

⁵⁴ Op. cit., p. 11.

hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais com a democracia se, segundo esta, todo poder emana do povo e os juízes ou o Tribunal Constitucional não são eleitos?

São as questões para as quais os próximos capítulos buscam alguma resposta.

⁵⁵ Op. cit. p. 12

CAPÍTULO III – AS PECULIARIDADES POLÍTICAS DA TUTELA COLETIVA

Configurado o contexto no qual se insere a tutela coletiva no Estado Democrático de Direito, convém ressaltar algumas peculiaridades a ela inerentes, com destaque para o aspecto político, essenciais para uma completa compreensão desse fenômeno e, por conseqüência, para otimização de sua efetividade para a garantia de um acesso à ordem jurídica justa.

Descabe, neste trabalho, analisar as particularidades jurídicas relacionadas à revolução que a tutela coletiva representou para o processo civil, notadamente as relacionadas à legitimação, com a identificação legal dos legitimados coletivos; à coisa julgada, com a extensão de sua eficácia para além das partes; e à natureza dos provimentos jurisdicionais, erigindo-se como regra nas lides coletivas as obrigações de fazer ou não fazer, vale dizer, de natureza mandamental, assegurando-se mais efetividade que os clássicos provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios.

Nosso estudo, aqui, volta-se mais para a relação dessa tutela com a democracia e a participação instituídas pelo Estado Democrático de Direito. Atentos a esse propósito, mas antes de enveredarmos pelos aspectos propriamente políticos da questão, cabem algumas rápidas observações acerca de três peculiaridades extrajurídicas: a interdisciplinaridade, o caráter contingente dos interesses coletivos (por conseqüência também da respectiva tutela) e o perfil dos seus principais infratores.

Quanto à **interdisciplinaridade**. É quase impossível propor uma ação em defesa do meio ambiente sem abordar conceitos e estudos das ciências da vida: Biologia, Ecologia, Oceanografia, Botânica etc. Da mesma forma no que se refere a

uma ação em defesa da saúde da população, para incluir determinado medicamento na lista daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, com base no princípio da assistência farmacêutica integral (art. 6º, I, d, da Lei 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde), que precisará abordar, ainda que sem grande detalhamento, a eficácia do medicamento, incursionando pela Farmacologia e pela Medicina. Também uma ação que conteste aumentos abusivos de tarifas públicas (de energia elétrica ou telefonia, por exemplo) dificilmente poderá prescindir de conceitos de Economia.

Fruto da amplitude que se garantiu no direito brasileiro ao acesso à justiça dos direitos coletivos – visto que qualquer interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, desde que caracterizado nos termos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, pode ser defendido pela via coletiva – e da complexidade que se transferiu da realidade do mundo moderno para o Direito, obrigado que sempre é, como regulador da vida em sociedade, a acompanhar o tecnicismo decorrente do avanço da ciência⁵⁶, a interdisciplinaridade é inerente à tutela coletiva e, por conseqüência, interessa sobremaneira à efetividade da lei da ação civil pública.

Todas essas áreas de atuação requerem conhecimentos técnicos não jurídicos daquele que proporá a ação civil pública ou atuará extrajudicialmente para solucionar a questão. Uma interessante decorrência dessa peculiaridade é a necessidade de cooperação entre diferentes profissionais, de variados setores do conhecimento, que tanto mais alcançarão seus propósitos quanto mais interagirem. A participação, própria da democracia, facilita e enseja esse tipo de interação.

⁵⁶ Basta analisar o tecnicismo que permeia legislações especializadas como as leis que disciplinam as agências reguladoras e regulamentam suas atividades (9.427/96 – ANEEL, 9472/97 – ANATEL,

Outra interessante peculiaridade, muito bem observada por PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES e por ele denominada de “**caráter contingente dos interesses difusos**”⁵⁷ é que eles estão ligados a situações de fato muito variadas, que surgem no seio de uma comunidade qualquer e para os quais o legislador não é nem nunca será capaz de prever exatamente a solução jurídica aplicável em cada caso. Essa característica aponta para uma necessariamente aberta e criativa tutela coletiva.

Exemplificando. É certo afirmar que há no ordenamento jurídico brasileiro direito ou interesse difuso à preservação de nosso patrimônio cultural histórico ou, em outras palavras, um dever jurídico de proteção ao mesmo, esteja ele tombado ou não⁵⁸. Todavia, pelas próprias contingências a que estão sujeitos os interesses difusos, não é razoável imaginar que a legislação deveria prever todas as obrigações e proibições necessárias a essa proteção, sob pena de, não previstas, serem inexigíveis as obrigações e permitidas condutas que se mostrem irreversivelmente danosas ao bem protegido.

Suponha-se que estudos demonstrem que a circulação de caminhões de determinado porte em cidade histórica cujo calçamento está tombado (Olinda, por exemplo) esteja comprometendo esse calçamento, obviamente colocado sem considerar a circulação de tanto peso⁵⁹. Não há lei nem ato administrativo que proíba tal circulação

9.961/00, ANSS etc) ou a Lei de Biossegurança (n. 11.105, recentemente sancionada) para se constatar a veracidade do afirmado.

⁵⁷ Cf. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes*, in: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, op. cit., p. 473

⁵⁸ Estabelece o art. 216 da Constituição Federal que “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: ... V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico. §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de ... e de outras formas de acautelamento e preservação.” A própria previsão legal de ação civil pública para responsabilização de danos ao patrimônio cultural histórico (art. 1º, *caput* e inciso III da Lei 7.347/85) indica a existência desse dever.

⁵⁹ O exemplo foi tomado de empréstimo de PAULO FONTES que, no artigo citado, noticiou, em contexto e com raciocínio um pouco diversos, visto que orientados para demonstrar o aspecto material assumível pela norma “processual” que prevê ação de responsabilização por danos ao patrimônio

porque quando do tombamento sequer se aventara a ocorrência agora verificada pela própria contingência da vida. Nada se poderá fazer sob o argumento de que não há lei proibindo tal circulação? Seria necessária uma lei que previsse todas as proibições (ou essa em particular) capazes de ameaçar o patrimônio histórico em tela? É exclusividade do jogo político legislativo ou executivo – sujeito a todo o tipo de pressão econômica imediatista – resolver a questão, só porque de significativa influência na vida da comunidade? Deve perecer o calçamento enquanto não advier decisão legislativa ou administrativa?

Muito embora a questão assuma inequívoca relevância política na medida que interfere na vida cotidiana da comunidade da área tombada, podendo advir da proibição inúmeros transtornos, tal possibilidade não poderá ser suprimida da apreciação do Poder Judiciário. Este, por sua vez, não poderá desconsiderar todos os fatores envolvidos quando decidir a questão.

Essa característica é um dos grandes estímulos ao ativismo e à criatividade judicial, tema adiante retomado, como igualmente o é em relação às soluções extrajudiciais facultadas pela tutela (com destaque para os compromissos de ajustamento de conduta), pelo amplo debate público que sua liberdade formal permite. Outrossim, bem demonstra como também ao Poder Judiciário cabe decidir com força vinculante questões que afetam a vida de determinada coletividade.

Igualmente guarda alguma relação com o enfoque aqui abordado o **perfil dos infratores dos direitos coletivos**. Na esmagadora maioria das vezes, tratar-se-á ou do próprio poder público, visto que, no Brasil, infelizmente o Estado é o principal descumpridor da legislação, como muito bem identificado por Kazuo

histórico (art. 1º, III, LACP), a existência e o sucesso alcançado por ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na seção judiciária de Pernambuco exatamente para proibir a circulação de caminhões no perímetro tombado de Olinda.

Watanabe⁶⁰, ou de grande empresa, freqüentemente multinacional. Em um e noutro caso, contará o infrator com advogados bastante capacitados e conhecedores das peculiaridades da matéria em debate. Para utilizar feliz expressão de Cappelletti, são litigantes habituais (passivos) que tendem a levar grande vantagem sobre autores pouco especializados ou capacitados nestas questões.

Também em ambas as situações, a tutela dos interesses coletivos envolverá, de regra, temáticas de significativa repercussão social e econômica e adentrará nos grandes embates que se travam na sociedade moderna quanto ao papel do Estado como equalizador das aspirações e das necessidades sociais e quanto ao poder da economia sobre a vida social, poder esse que deveria, ao menos em tese, sujeitar-se ao Direito, ordenamento maior da vida em sociedade.

Lamentavelmente, não tem sido assim, visto que cada vez mais a economia domina a política e o direito. A tutela coletiva tem papel determinante no rearranjo desse quadro, especialmente porque o cidadão, em face das peculiaridades da sociedade de massa, não tem condições de reivindicar e participar isoladamente. Desempenha, assim, inegavelmente um importante **papel político**.

Na verdade, como bem observa DINAMARCO, “o próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei”.⁶¹ Enquanto o direito material evoluiu das garantias individuais de perspectiva liberal para os direitos sociais em busca da realização do bem comum e o processo saiu da perspectiva clássica para a instrumental, também o homem passou de mero titular de direitos subjetivos para

⁶⁰ *Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: Participação e Processo*, op. cit., p. 130.

⁶¹ *A Instrumentalidade do Processo*, op. cit., p. 169, no capítulo destinado aos *escopos políticos* da jurisdição.

“integrante da sociedade política e merecedor de condições para a felicidade pessoal”⁶². Assim, o cidadão, sozinho ou organizado, é elemento fundamental na realização do direito, o que se viabiliza pela participação.

O mesmo doutrinador visualiza três aspectos fundamentais dentre os **escopos políticos** da jurisdição: (1) afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), (2) concretizar o culto ao valor da liberdade, limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício e, por fim, (3) **assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política**⁶³. É este terceiro aspecto o que mais interessa ao presente trabalho.

Os dois primeiros escopos, cuja importância não se nega, dizem com a natureza política do processo enquanto meio de afirmação do poder do Estado frente ao cidadão e de resguardo deste diante daquele, traduzindo, assim, o papel político que cabe ao Poder Judiciário desde a conformação do Estado de Direito no século XVIII, na separação dos poderes. Não é esse o enfoque privilegiado neste trabalho. Já o terceiro escopo é inovador, reflexo direto da revolução operada pela afirmação do Estado Democrático de Direito, na medida em que destaca a participação como valor democrático inalienável e legitimador do processo democrático, e guarda direta relação com o aspecto político da tutela coletiva que se quer ressaltar.

Faz-se oportuno, nesta altura, precisar que o significado de política adotado neste trabalho será aquele que BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO reconhecem como usual nos tempos modernos em seu célebre Dicionário de Política, qual seja, **“a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm**

⁶² Idem, *ibidem*.

⁶³ Cf. *Escopos Políticos do Processo, in Participação e Processo*, op. cit., p. 122, cujo conteúdo, em sua essência, foi mantido na clássica obra sobre *a Instrumentalidade do Processo*, op. cit..

como termo de referência a *polis*, ou seja, o Estado” e, mais especificamente, quando se trata o Estado, a *polis*, como sujeito. Faz-se a distinção porque os autores vêem a atividade política sob dois enfoques, *in verbis*:

“Dessa atividade a *polis* é, por vezes, o sujeito, quando referidos à esfera da Política atos como ordenar ou proibir alguma coisa *com efeitos vinculantes para todos os membros de um determinado grupo social*, o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território, o legislar através de normas válidas *erga omnes*, o tirar e transferir recursos de um setor da sociedade para outros, etc; outras vezes ela é o objeto, quando são referidas à esfera da Política ações como a conquista, a manutenção, a defesa a ampliação, o robustecimento, a derrubada, a destruição do poder estatal, etc.” (nem o primeiro itálico nem os negritos constam do original)

Da simples comparação dos exemplos trazidos pelos autores – que enfocam os **efeitos vinculantes para todos** dos atos políticos – com os artigos que tratam do alcance da coisa julgada nas várias leis que regulam a tutela coletiva (artigos 18 da Lei da Ação Popular – 4.717/65, 16 da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 ou do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90), que a ela conferem eficácia *erga omnes* (e vinculantes como toda decisão judicial), fica evidente a proximidade da tutela jurisdicional coletiva com a política.

Com efeito, as lides coletivas abrangem inúmeras pessoas e seus julgados refletem diretamente nas respectivas esferas jurídicas e patrimoniais, especialmente no que se relaciona ao reconhecimento e exigibilidade de direitos. Esse alcance só não é maior porque a eficácia *erga omnes* restringe-se aos beneficiários do

direito (pólo ativo) e não a todos os infratores, possíveis réus (pólo passivo)⁶⁴, mas somente àqueles que figuraram efetivamente como réus na ação.

Isto porque nosso sistema jurídico, diferentemente do americano, não admite a legitimidade coletiva passiva⁶⁵, de modo que a decisão judicial proferida em sede de ação civil pública contra uma associação de bancos e um ou outro banco não servirá a obrigar todas as empresas bancárias ao provimento judicial, mas somente aqueles que figuraram como réus e participaram do contraditório⁶⁶. Efeitos reflexos da sentença, todavia, podem sim, afetar terceiros indiretamente, como ocorre com determinadas decisões que obrigam o poder público a tomar atitudes contra particulares para fiel cumprimento da lei⁶⁷.

⁶⁴ O art. 18 da LAP é explícito ao utilizar o termo *erga omnes* para qualificar a *oponibilidade da coisa julgada*, ou seja, pode ser oposta contra os futuros possíveis autores, para impedir que promovam nova ação com mesmo pedido e fundamento. Nada diz, inclusive pela própria natureza da ação popular – que se volta contra ato do poder público, da extensão subjetiva passiva do julgado. Tanto o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública como o art. 103 do Cód. de Defesa do Consumidor não incorporam a mesma restrição de forma explícita. Os outros dois dispositivos são mais abertos, dispondo que a “sentença fará coisa julgada *erga omnes*”. Todavia, ainda assim prevalece o entendimento de que, por não se sujeitar ao contraditório, princípio constitucional basilar do devido processo legal, requisito para a privação de bens ou da liberdade – art. 5º, LIV, CF, o infrator que não figurar como réu não pode sofrer diretamente efeitos da sentença.

⁶⁵ O *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* que vem sendo defendido por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antônio Gidi e outros prevê, nos artigos 35 a 38 a “ação coletiva passiva”, proposta contra uma “coletividade organizada ou que tenha representante adequado”, hipótese em que a coisa julgada vinculará os membros do grupo quando em disputa interesses ou direitos difusos, admitindo-se ressalvas quando a ação versar sobre interesses individuais homogêneos, ocasião em que os membros da classe poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica. Tanto a exposição de motivos como o próprio teor da proposta desse Código Modelo constam da Revista de Processo n. 121, março de 2005, pp. 133-148.

⁶⁶ Para aprofundar o tema, vide GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**, Saraiva, 1995, e SANTOS, Ronaldo Lima dos. *‘Defendant class actions’ – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil*. In **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 10, jan-mar de 2004, pp. 139-154.

⁶⁷ Exemplo dessa espécie temos nas ações civis públicas movidas para obrigar a Administração a fechar inúmeros estabelecimentos que estejam funcionando de forma irregular (em desacordo com o zoneamento administrativo, sem licença ou com inobservância das normas de vigilância sanitária, por exemplo). Imagine-se uma feira montada irregularmente em área residencial oferecendo todo o tipo de produto, desde “importados” até alimentos, sem qualquer espécie de controle. Nesse caso, basta uma ação contra o município para obrigá-lo a fazer valer a lei, utilizando-se do seu poder de polícia, fechando a feira ou, ao menos, os estabelecimentos que não possuem alvará de funcionamento nem da vigilância sanitária, quando exigidos por lei. Não se exige, em casos quejandos, que figurem no pólo passivo todos os feirantes, o que inviabilizaria a ação e é desnecessário na medida em que a administração pública só será obrigada a fechar os estabelecimentos que estiverem, de fato, em situação irregular, o que será verificado administrativamente e em cada caso. Constatada a situação, não poderia, mesmo, a Administração omitir-se ou deixar de proceder ao fechamento. Decisão judicial nesse sentido já foi admitida pelo Superior

Ainda assim, é muito amplo o espectro de eficácia das decisões proferidas em sede de tutela coletiva, relacionando-a inegavelmente à política na medida em que também é atividade ordenada (valendo-se, portanto, de autoridade e legítimo uso da força) pelo Estado, com *efeitos vinculantes para todos* os membros de um determinado grupo social. Na verdade, só do uso da autoridade estatal de que goza o juiz para impor suas decisões, inclusive com o uso da força, já se poderia extrair a natureza política da tutela jurisdicional coletiva (por ser ato que pressupõe a soberania estatal), mas certamente sob uma perspectiva muito mais conceitual do que pragmática e desvinculada do sentido adotado neste trabalho, como acima referido. Diversa é a situação quando a natureza do conflito em disputa é coletiva. Todos esses aspectos guardam especial relação com aquilo que DINAMARCO denominou de “**participação dos cidadãos**, por si mesmos ou através de suas associações, **nos destinos da sociedade política**”.

Também para ADA GRINOVER o aspecto político da tutela coletiva exsurge mais presente em decorrência da **macroconflituosidade** inerente às lides relacionadas a interesses coletivos⁶⁸. Aduz a autora, com a costumeira perspicácia, que a conflituosidade de massa no meio social e econômico, exige opções de natureza política, exemplificando com o confronto comum, em matéria ambiental, entre os interesses edílios empreendedores e a preservação das belezas naturais, históricas ou culturais. Situações em que muitas vezes a só mediação do sistema político mostra-se insuficiente para a defesa dos interesses coletivos.

Tribunal de Justiça, que não visualizou nenhuma violação à separação dos poderes nem usurpação da função do poder de polícia municipal, visto que não há discricionariedade na lei para sua aplicação (cf. MC n. 4193-SP e Agravo Regimental interposto na mesma medida). Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de São Paulo, em 1997, para fechar estabelecimentos que estavam em desacordo com a legislação de zoneamento da cidade.

⁶⁸ Cf. “A problemática dos interesses difusos”, publicada na excelente coletânea “*A Tutela dos Direitos Difusos*”, GRINOVER, Ada (Coord.). Ed. Max Limonad, 1984, pp. 31/2.

Não se pode olvidar, nesse contexto, a reflexão de NORBERTO BOBBIO⁶⁹ sobre as antinomias dos direitos fundamentais, freqüentemente presentes quando envolvidos direitos sociais, quase sempre antinômicos em relação aos individuais [direito à moradia em confronto com o direito de propriedade, por exemplo] e não raro entre eles próprios [direito ao trabalho e proteção à infância, no pertinente à limitação cada vez maior do trabalho infantil]. Todas essas antinomias pressupõem opções de natureza política para sua solução.

Em artigo mais recente⁷⁰, a célebre processualista brasileira reafirma que os interesses coletivos e difusos são essencialmente “carregados de relevância política” de clara dimensão social e aduz que do seu reconhecimento e da necessidade de tutelá-los “emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os corpos intermediários [surgidos da sociedade civil organizada e incumbidos de legitimidade para defesa dos interesses coletivos, no caso brasileiro associações, sindicatos e fundações]. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social (...). Trata-se de nova forma de limitação do poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.”

⁶⁹ Cf. o ensaio “Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem”, publicado na coletânea *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-24. Nota: os exemplos entre colchetes não constam do texto original.

⁷⁰ *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difuso*, in *Revista de Processo* n. 97, jan/mar de 2000, pp. 9 e 10.

VITTORIO DENTI, em conferência intitulada *Giustizia e Partecipazione nella Tutela dei Nuovi Diritti* proferida em evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual entre os dias 29 de junho e 1º de julho de 1988, sobre a temática da democracia participativa e seus efeitos no processo⁷¹, registrou com acuidade dois fenômenos políticos de fundo no movimento de surgimento da tutela coletiva:

“a) a pressão cada vez mais forte de parte daqueles definidos como as “minorias fragilizadas” e “maiorias difusas”, tentando pela via judiciária abrir formas de participação aos processos decisórios que lhes foram negadas em sede política e administrativa,

b) o papel de “suplência” que a magistratura se atribuiu, com algum sucesso, para cobrir os espaços vazios deixados pela legislação e pela administração no terreno do controle social dos fenômenos produtivos e da tutela das liberdades individuais”⁷².

Ainda que a observação tenha por parâmetro a realidade italiana, onde a tutela jurisdicional coletiva vem se construindo quase que exclusivamente pela via jurisdicional, diferentemente do Brasil que, desde 1985 conta com a Lei da Ação Civil Pública e desde 1990 com o Código de Defesa do Consumidor, dois instrumentos processuais altamente avançados e abrangentes, além de ampla legislação enfocadas no direito material (o próprio CDC, as leis orgânicas da saúde, n. 8080/90, e da assistência

⁷¹ Resultou da conferência o livro **Participação e Processo**, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, publicado no mesmo ano pela RT. A conferência referida consta das páginas 1-23 da obra.

⁷² A transcrição resulta de livre tradução deste autor da versão original: “Como ho rilevato, la vicenda degli interessi diffusi è soprattutto una vicenda giurisprudenziale, caratterizzata da due fenomeni politici di fondo: a) *la spinta sempre più forte, da parte di quelle che sono state definite le ‘minoranze deboli’ e le ‘maggioranze diffuse’, a tentar la via giudiziale per aprirsi forme di partecipazione ai processi decisionali, a loro negate nelle sedi politiche ed amministrative;* b) *il ruolo di ‘supplenza’ che la magistratura se è attribuito, con altera fortuna, per coprire gli spazi lasciati vuoti dalla legislazione e*

social, n. 8.742/93, etc) é evidente a aplicabilidade à tutela coletiva brasileira das características apontadas pelo grande expoente da doutrina processual italiana.

É próprio de qualquer sistema que garanta amplo e facilitado acesso à justiça – como faz o brasileiro – que o Poder Judiciário sirva de abrigo e canal de manifestação para as insatisfações dos grupos excluídos do processo político e econômico. Quanto ao fenômeno da “suplência”, ainda que seja muito mais farta a legislação brasileira, o mencionado *caráter contingente* dos interesses difusos faz as lacunas legislativas inerentes à tutela coletiva na Itália, no Brasil e em qualquer outro país do mundo.

Certo é que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. Certo ainda que, pelos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania⁷³.

Essa afirmação se faz por meio dos legitimados coletivos, objeto do próximo capítulo.

dall'amministrazione sul terreno del controllo sociale dei fenomeni produttivi e della tutela delle libertà individuali”

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*, op. cit., p. 15.

CAPÍTULO IV – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: O PAPEL DOS LEGITIMADOS COLETIVOS

Já vimos que a ampliação dos direitos humanos, fruto das transformações sociais experimentadas em especial no século passado, e a necessidade de concretamente efetivá-los resultou num amplo movimento global de acesso à justiça. Concomitante a esse processo operou-se a reformulação da concepção de Estado, da perspectiva minimalista e liberal passando pelo Estado preocupado com o bem-estar social até a adoção de um modelo que reconhece na participação democrática a melhor forma de garantir efetividade aos direitos sociais: o Estado Democrático de Direito. Também já demonstramos a íntima relação desse Estado com a tutela coletiva e como esta, pelas suas peculiaridades, comporta uma inequívoca natureza política, servindo de privilegiado canal de participação da cidadania na condução dos destinos da sociedade.

Essa participação, contudo, se sujeita a determinadas regras, sendo a principal delas a necessidade de legitimação para demandar em juízo. Sem legitimação para a causa não há direito de ação, não se pode, em outras palavras provocar o Poder Judiciário para que este, por meio da jurisdição, concretize o direito. De regra, cabe ao titular do direito a prerrogativa para demandar em juízo em sua defesa. Em se tratando de direitos coletivos, a matéria assume peculiaridades de que tratamos no capítulo primeiro. A solução brasileira, típica de um país vinculado ao sistema romano-germânico, deu-se pela lei, que elegeu os legitimados coletivos.

Resumidamente, o quadro é o seguinte. Para a ação popular, cujo objeto é restrito pois se destina tão-só a anular atos lesivos ao patrimônio público (ou de entidade da qual o Estado participe), à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CF), é legitimado qualquer cidadão,

condição que se comprova, nos termos da lei, com apresentação do título eleitoral (art. 1º, §3º, Lei 4717/65).

Já para a defesa de quaisquer outros direitos coletivos⁷⁴ – aqui entendidos em sentido *lato*, englobando as três espécies definidas no parágrafo único do art. 81 do CDC: difusos, coletivos e individuais homogêneos – extensão que decorre da norma de encerramento do art. 1º, IV, da Lei 7.347/85 c/c art. 21 da mesma lei e arts. 82, 83 e 90 do CDC - são legitimados concorrentes disjuntivos o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios.

Em se tratando da defesa de direitos coletivos que guardem pertinência temática com suas finalidades institucionais são igualmente legitimadas as autarquias, empresas públicas, fundações (públicas e privadas), sociedades de economia mista ou associações. Tudo nos termos do art. 5º da Lei 7347/85 combinado com os mesmos artigos antes referidos. Os sindicatos, a par de serem também considerados uma espécie de associação⁷⁵, possuem legitimidade para defesa dos interesses coletivos da categoria por disposição expressa da Constituição Federal (art. 8º, III), o mesmo valendo para as comunidades indígenas na defesa de seus direitos e interesses (art. 232).

Especificamente para a defesa de direitos dos consumidores previu a lei, também, a legitimidade das entidades e órgãos da administração públicas votadas para a defesa desses direitos, ainda que sem personalidade jurídica, referindo-se aos PROCONs (art. 82, III, CDC). Exclusivamente para impetração de mandado de segurança coletivo também está legitimado o partido político (art. 5º, LXX, *a*, CF)

⁷⁴ Essa amplitude guarda íntima relação com a garantia constitucional do acesso à justiça que, como visto, abrange tanto direitos individuais quanto coletivos, nos termos do art. 5º, XXXV, CF. Nesse sentido o entendimento de NELSON NERY JÚNIOR in **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, op. cit., p. 115, que entende que deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade pudesse vir a juízo na defesa desses direitos violaria o princípio referido.

⁷⁵ Cf. FIORILLO, Celso Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Dir. Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Ainda que seja amplo o rol – e deve sê-lo em prol do amplo acesso à justiça dos direitos coletivos – ele é taxativo, vale dizer, o legislador optou por não conceder a legitimação a todos os interessados indistintamente por motivos ligados à política-legislativa, tais como a falta de estrutura do Poder Judiciário no sistema da *civil law* para aferir, caso a caso, a adequação da representação do cidadão que propõe a demanda, como se faz no sistema da *common law*⁷⁶.

O cidadão, então, não possui legitimidade para defender individualmente em juízo direitos coletivos não incluídos no objeto da ação popular, salvo se tiver, ele próprio, direito subjetivo individual⁷⁷ que coincida com o direito coletivo tratado⁷⁸. Pelos motivos expendidos no capítulo I relacionados às dificuldades que enfrenta o cidadão para litigar contra os maiores infratores dos direitos coletivos (grandes empresas e o próprio Estado) e considerando que, na realidade americana, justamente em razão dessas dificuldades, o que se observa é que os “legitimados” acabam sendo os grandes escritórios de advocacia que procuram eles próprios os cidadãos lesados nas causas que possuem significativo valor econômico, sem demonstrar qualquer interesse nas demais, vê-se que o sistema misto brasileiro possui inúmeras vantagens.

⁷⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, op. cit., pp. 157-162.

⁷⁷ Hipótese em que nem a lei nem ninguém pode impedir o jurisdicionado de ir a juízo deduzir pretensão, cf. sustenta NELSON NERY JÚNIOR na obra referida acima, p. 92.

⁷⁸ A coincidência é muito comum nas questões envolvendo uso anormal da propriedade, visto que o Código Civil, no art. 1777, estatui que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocados pela utilização de propriedade vizinha”. Ocorre que, não raro, a mesma conduta lesiva pode configurar direitos difusos ou individuais homogêneos, como é o caso da fuligem lançada por fábrica sobre as casas circunvizinhas ou de bar que em bairro residencial e fora do horário e limites permitidos produz excessivo barulho, o mesmo ocorrendo com igrejas. Sem visualizar a necessidade de dispositivo que reconheça individualmente o direito, pautando o raciocínio antes expendido tão só com base na inafastabilidade constitucional do acesso à justiça, cf. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, op. cit., pp. 253-7.

Nosso sistema, todavia, impõe uma maiúscula responsabilidade àqueles escolhidos pelo legislador como legitimados coletivos: cabe a eles viabilizar a participação democrática a que aludimos nos capítulos anteriores.

Diante dessa responsabilidade põe-se uma importante questão quanto à legitimidade, não de ordem jurídica, resolvida nos termos da lei, mas política, tendo em vista tudo que antes se disse sobre o papel da tutela coletiva como meio de participação concretizador do Estado Democrático de Direito. Tal questão se torna ainda mais importante quando se percebe, a partir das peculiaridades da tutela coletiva também já referidas, que o manejo de seus instrumentos pressupõe opções políticas entre vias igualmente relevantes para a sociedade envolvida. A isso se soma a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo, fundamentais à garantia da imparcialidade do magistrado, incluída dentre os principais pilares legitimadores de seu poder⁷⁹, para se tornar evidente a proeminência que assumem no contexto moderno brasileiro as escolhas feitas pelos legitimados em nosso sistema jurídico.

Tenha-se presente a construção de uma fábrica em região muito pobre e com alto índice de desemprego e violência. É politicamente legítimo um pedido veiculado judicialmente para que se proíba a construção de fábrica capaz de gerar dezenas de empregos diretos em razão dos malefícios que poderá causar ao meio ambiente (por exemplo, com a destruição de mata nativa com fauna e flora peculiares), mesmo diante das possibilidades de minorar tais impactos (com o replantio das espécies mais raras em outro lugar)⁸⁰? Admitindo-se possível tal pedido mais gravoso, visto que

⁷⁹ Nesse sentido, Mauro Cappelletti em *Juízes Legisladores?* visualizando no modo como se cria o direito judicialmente o grande distintivo legitimador desta criação em confronto com a legislativa, com especial destaque para as limitações do Poder Judiciário de ordem formal que garantem essa imparcialidade, as chamadas “virtudes passivas”, notadamente a necessidade de que o poder jurisdicional não pode ser exercido senão a pedido da parte e deve viabilizar um efetivo contraditório, op. cit., pp. 75-81 e 102

⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni, em seu **Tutela Específica**, op. cit., p. ..., desenvolve esse dilema sob a perspectiva da necessidade do provimento judicial mais gravoso, mas é importante considerar que, antes da decisão, vem a propositura e que esta impõe alguns limites ao juiz. Sendo assim, pode o legitimado

exageros do autor podem ser contemporizados pelo Poder Judiciário quando da decisão, pode o legitimado, explicitamente, fazer uma opção clara e premeditada de não incluir dentre os pedidos o fechamento da fábrica de modo a limitar o espectro de decisão judicial?

Por outro lado, admite-se retirar do debate político social questão polêmica para resolvê-la no Poder Judiciário? Tomando-se como exemplo a questão das cotas para minorias e egressos de escolas públicas nas universidades públicas, política de ação afirmativa que vem sendo adotada em várias instituições de ensino superior, sob orientação do Ministério de Educação e Cultura e acompanhada por amplo debate público: pode-se, pela via judicial, resolver a questão, vale dizer, proibir ou obrigar o uso de cotas?

Tome-se um outro exemplo: a polêmica sobre o casamento de homossexuais. Pode qualquer legitimado coletivo levar a juízo pleito que obrigue a Igreja ou o Estado a oficializar esse casamento, ainda que o pedido não se insira como “bandeira” do movimento, que parece preferir a parceria civil, nos termos em que proposta como projeto de lei em discussão no Congresso Nacional? Em outras palavras, pode um legitimado que não se sujeita a restrições relativas à pertinência temática, como o Ministério Público, empunhar judicialmente uma bandeira que sequer é adotada pelo movimento social organizado da minoria interessada?

São questões que vão muito além da legitimidade jurídica para propositura de ações civis públicas versando sobre as temáticas e pedidos antes referidos. Entramos no complicado campo da legitimidade política, para cuja compreensão pretende contribuir o presente capítulo.

optar por excluir dentre as possibilidades de provimento judicial que pede ao magistrado, o fechamento da fábrica, tendo em conta, justamente, seus benefícios sociais.

A priori, impende reconhecer que só da legitimidade jurídica já se extrai alguma legitimidade política, tanto mais quando essa legitimidade é conferida pela própria Constituição, como é o caso do Ministério Público, dos sindicatos e das associações, para defesa dos interesses de seus associados. Se o constituinte, ou o legislador, valendo-se de sua representatividade política, confere a determinado ente, pela Constituição ou pela lei, atribuição para atuar em nome da sociedade defendendo os interesses desta, repassam parte da legitimidade política que lhes foi conferida pelo voto popular, nas urnas.

Tendo presente, entretanto, que “esse exercício [da legitimidade coletiva] deve ocorrer cada vez mais sob o influxo do princípio jurídico da democracia”, como adverte GEISA RODRIGUES⁸¹, alguns outros elementos devem ser agregados à legitimidade jurídica para que a mesma alcance sua plenitude política e, assim, se harmonize com o Estado Democrático de Direito.

O primeiro e mais direto deles diz com a legitimidade alcançada através da própria organização social, vale dizer, da constituição de associações por meio da reunião de pessoas integrantes de determinados grupos de interesses, notadamente no que se refere às minorias (raciais, étnicas, sexuais, religiosas, culturais etc), ou das comunidades, como no caso das associações de bairro. Há, nesse caso, uma representação direta dos interesses e da ideologia que movem tais grupos, em concreção direta do princípio democrático da participação, pelo que as limitações a essa legitimação devem ser as mínimas necessárias para evitar o seu desvirtuamento ou o nocivo oportunismo.

Dessa percepção decorre a absoluta pertinência de nossa legislação exigir das associações e fundações (as duas formas jurídicas das popularmente

conhecidas “organizações não-governamentais” – ONGs) apenas pertinência temática (ou seja, que a proteção ao direito coletivo cuja tutela jurisdicional se busca esteja incluída dentre as finalidades institucionais da associação ou fundação) e constituição há mais de um ano, requisito que pode, inclusive, ser dispensado diante de “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (art. 5º, §4º, LACP). Em nossa lei não há, como no ordenamento jurídico italiano, exigências exageradas e descabidas como o registro prévio da associação aprovado pelo Ministério da Justiça⁸².

Embora VITTORIO DENTI⁸³ critique tanto o modelo brasileiro da Lei 7.347/85 como o italiano por preverem em lei as exigências para reconhecimento da legitimidade coletiva quando melhor seria conferir tal discricionariedade ao juiz, a exemplo do que ocorre no modelo da *common law*, deve-se ressaltar que não se aplicam à nossa legislação os fundamentos da crítica do renomado processualista, visto que não há aqui propriamente controle do poder público sobre tal legitimidade, nem se fecha espaço à **participação** dos variados grupos sociais.

Ademais, é da essência mesma do sistema jurídico romano-germânico que as decisões fundamentais – e a eleição dos legitimados coletivos é, sem dúvida, uma delas – caiba à lei e não ao juiz. Em nosso sistema não se requer das associações

⁸¹ *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, op. cit., p. 27.

⁸² As informações foram extraídas da conferência proferida por VITTORIO DENTI, *Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti*, publicada na obra coletiva **Participação e Processo**, op. cit., passim.

⁸³ No dizer do autor “se prevalecer a tendência de negar a legitimação *ope judicis* (por obra e força do juiz) para associações não autorizadas preventivamente pelo controle público, provavelmente não restaria mais espaço para uma concepção participativa” e “a dimensão dos interesses em jogo e sua própria conflituosidade tornam desconfiáveis formas de controle que culminam não em um órgão de controle de neutras garantias como o juiz, mas em uma Administração Pública atrás da qual estão as escolhas políticas da maioria do governo” em tradução livre dos seguintes trechos da conferência escrita: “se ... prevalere la línea di tendenza di negare la legittimazione *ope judicis* ad associazioni non autorizzate in via preventiva attraverso il controllo publico, probabilmente non resterebbe piú spazio nè per una concezione partecipativa” e que “la dimensione degli interessi in gioco, e la loro stessa conflittualità ... rendono diffidente verso forme di controllo che fanno capo non ad un organo di neutrale garanzia come il giudice, bensì ad una pubblica amministrazione, dietro la quale stanno le scelte politiche della maggioranze di governo” (pp. 18-19).

mais do que a pertinência temática, exigência absolutamente justificável e que guarda não apenas relação com a idéia de *representatividade adequada* do direito americano, mas especialmente com a de legitimação política de que aqui se trata. Ademais, tal condição, embora prevista em lei, é aferível, no caso concreto, pelo juiz da causa o qual também pode dispensar a associação do requisito temporal de pré-constituição (um ano nos termos do inciso I do art. 5º da LACP).

Nosso sistema, pelo contrário, atende as duas maiores preocupações do autor no que respeita à participação democrática na defesa judicial dos direitos difusos:

a) assegurar a *partecipazione conflittuale* ínsita à própria natureza da sociedade democrática, vale dizer, permitir que não apenas as forças econômicas mas também os grupos étnicos, religiosos e as associações que de alguma forma representam os variados valores relacionados aos problemas da vida moderna possam levar a juízo os conflitos decorrentes do entrelaço de idéias e valores existentes no meio social;

b) viabilizar que esse aspecto participativo guarde coerência com o pluralismo da sociedade em referência⁸⁴.

Com efeito, qualquer grupo social, de qualquer corrente ideológica ou religiosa pode constituir uma determinada associação atendendo aos simples requisitos previstos no Código Civil para tanto, que não prevêem nenhuma tutela estatal⁸⁵. Essa possibilidade abre importante espaço de participação democrática para todas as correntes de pensamentos e valores existentes na sociedade, viabilizando, inclusive, a defesa judicial dos legítimos interesses das minorias usurpados no jogo democrático da

⁸⁴ Op. cit., p. 19.

⁸⁵ No Brasil, apenas quanto às chamadas OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público) há um maior controle estatal, nos termos da Lei 9790/99, incluindo registro no Ministério da Justiça (art. 5º), muito embora a outorga da qualificação seja ato vinculado se preenchidos os requisitos da lei (art. 1º, §2º).

maioria, em contraditório onde deverá prevalecer o contraditório racional e não o uso da força, seja política ou econômica.

Justamente por possuírem um contato direto com as forças sociais interessadas, as associações carregam a maior legitimidade política para defender em juízo os direitos coletivos para cuja defesa foram instituídas, vale dizer, para delimitar e escolher adequadamente o objeto das ações coletivas ou, quando a questão for resolvida extrajudicialmente, para participarem das discussões prévias à assinatura de compromisso de ajustamento de conduta, visto que não podem, elas próprias, firmá-lo (art. 5º, §6º, da LACP).

Mesmo em se tratando do ajuizamento de ações coletivas por outros legitimados (como o Ministério Público), por opção estratégica ou mesmo por falta de estrutura jurídica da associação legitimada, convém ouvir o posicionamento desta sobre a matéria, de modo a ponderar adequadamente eventual discordância por ela apresentada, em razão da legitimidade política antes referida.

A legitimidade política do cidadão, integrante do povo, no exercício de seu legítimo e individual direito de exercitar a participação política de forma direta, fiscalizando e buscando corrigir os desmandos do governante por meio do manejo da ação popular, é forma de democracia participativa assim reconhecida unanimemente pela nossa doutrina⁸⁶. No dizer de DINAMARCO, “institucionaliza a participação do indivíduo na determinação dos destinos da sociedade política”⁸⁷.

Importa registrar, contudo, que se por um lado o cidadão é a célula do povo, fonte de poder, por outro não se pode ignorar que, em uma sociedade plural e massificada como a nossa as associações, que trazem em si a mesma legitimidade política direta do cidadão, a ela agregam inúmeras vantagens de ordem pragmática no

enfrentamento dos grandes infratores do direito coletivo, como já referido no capítulo primeiro. Sob essa perspectiva, e considerando a constituição plural das associações, podemos concluir que a legitimidade destas guarda mais afinidade com as peculiaridades da defesa dos direitos coletivos sem se retirar, contudo, a inegável legitimidade jurídica e política do cidadão para o ajuizamento de ações populares.

No que tange aos entes políticos legitimados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) trazem consigo a legitimidade política alcançada pelo governante nas urnas, cuja orientação se representa em juízo pelos órgãos jurídicos dos respectivos entes (advocacias públicas), submetidos à hierarquia própria do Poder Executivo. Não deixa de ser mais uma expressão da democracia representativa, mas encontra plena guarida no Estado Democrático de Direito em que se constitui nossa República.

Dada a amplitude de referida legitimação, com razão a doutrina⁸⁶ que não reconhece outra pertinência temática além daquela decorrente dos próprios limites do ente federado representado (descabendo, por óbvio, ao Município de São Paulo ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores do Município de Piracicaba). A prática, todavia, tem demonstrado que tais entes evitam recorrer ao Poder Judiciário para defesa dos interesses coletivos, por razões que ainda demandam estudos, mas certamente ligadas à tendência de solucionar as pendências existentes ou com a auto-executoriedade própria dos atos administrativos ou com negociações políticas diretamente com os interessados.

Mas há também legitimidade política dos legitimados coletivos públicos não eleitos.

⁸⁶ Cf., por exemplo, *Curso de Direito Positivo* de José Afonso da Silva, op. cit., pp. 145/6.

⁸⁷ Cf. *A Instrumentalidade do Processo*, op. cit., p. 171.

⁸⁸ Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Manual de Processo Coletivo*, op. cit., p. 165.

Dentre eles, merece destaque o Ministério Público, por ter recebido essa legitimação de forma explícita e direta da própria Constituição (art. 129, III), Carta Política máxima da Nação, imbuída da legitimidade fundante do Estado. Reforça essa legitimidade a configuração constitucional conferida à Instituição para defesa dos mais elevados interesses da sociedade: independência (dos membros) e autonomia funcional e administrativa (da Instituição), nos termos dos parágrafos do art. 127. Todos os demais legitimados públicos receberam sua legitimidade por obra da lei, mais especificamente do art. 5º da Lei 7.347/85, amparado no autorizativo legal do art. 129, §1º, da Constituição Federal.

Como já afirmado, só essa legitimidade jurídica não é suficiente para a plenitude da legitimidade política. Esta é construída na prática da atuação do legitimado. Nesse sentido, é irretocável o pensamento de RANDOLPH LUCAS, para quem:

“uma sociedade se sentirá muito mais democrática se as ações levadas a cabo por funcionários públicos parecerem ter sido realizadas por inspiração da própria sociedade em seu benefício, sendo conseqüentemente aceitas pelo povo, de alguma maneira, como de sua autoria”⁸⁹.

Para se alcançar essa percepção, naqueles casos em que é facilmente identificável essa “inspiração”, bastará uma postura do legitimado de verdadeiro compromisso com os interesses da sociedade. Em outros, é altamente recomendável oportunizar manifestação às parcelas da sociedade interessadas, por exemplo mediante a realização de audiências públicas. Tal postura, longe de diminuir o papel do legitimado coletivo, o potencializa, na medida em que lhe agrega a legitimidade política decorrente da participação dos interessados.

Dessa oportunidade poderão surgir, inclusive, soluções alternativas à via judicial que, uma vez aceitas pelo infrator, podem se consubstanciar em compromisso de ajustamento de conduta, resolvendo a questão sem a necessidade de submeter a polêmica ao Poder Judiciário, para onde sempre é mais difícil levar todo o debate público que determinadas questões exigem.

Como se vê, todas as fontes de legitimidade política não excluem ou afastam a conveniência de se permitir a participação da população diretamente interessada, por meio de audiências públicas e outras formas capazes de redundar na veiculação do sentimento da população e na transparência das discussões que interessam à coletividade. Pela absoluta pertinência com o sustentado, vale referir pesquisa de DENNIS THOMPSON sobre as vantagens da participação popular na atuação da administração pública, mencionada na obra de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁹⁰: “a participação assegura que interesses espúrios não prevalecerão; b) a participação cuida que nenhum interesse será excluído de consideração no processo político; c) a participação desenvolve a percepção e o conhecimento político dos cidadãos; d) a participação desenvolve a legitimidade da decisão (legitimidade corrente e teleológica); e) a participação realiza mais amplamente aos membros da coletividade”.

Sem dúvida, as vantagens apontadas podem muito bem se aplicar também à tutela coletiva, seja pela via extrajudicial (nas negociações dos compromissos de ajustamento de conduta), seja na via judicial (no processo de elaboração da inicial e identificação dos pedidos cabíveis).

Como bem lembra DINAMARCO: “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no

⁸⁹ LUCAS, Randolph, *Democracia e participação*. Brasília: Editora da UnB, 1985, p. 9.

sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar a democracia”⁹¹.

Vê-se, dessarte, o importante papel participativo na efetivação dos direitos coletivos – finalidade precípua do Estado Democrático de Direito – desempenhado pelos legitimados coletivos que, diferentemente do juiz, podem estabelecer ampla negociação com os interessados e com a sociedade em geral na construção do consenso.

Há, todavia, outra importantíssima finalidade de natureza política para a legitimidade do Ministério Público em defesa dos interesses coletivos que prescinde do interesse direto da população envolvida e é, na verdade, um dos grandes diferenciais de sua legitimação em relação aos demais entes elencados no art. 5º da LACP. Referimo-nos ao escopo político da jurisdição atinente à afirmação, pelo Estado, de seu poder de fazer valer o ordenamento jurídico, projeção positivada dele próprio, mas emanada legitimamente dos representantes do povo.

Para realização desse escopo é mister legitimar agentes do próprio Estado (no caso, o Ministério Público) a provocar o exercício da jurisdição⁹². Deveras, não são raras as hipóteses em que a população envolvida não tem nenhum interesse concreto no cumprimento da lei (hipótese comum em questões ambientais) ou mesmo insurge-se contra ela (tomemos como exemplo imposições legais de medidas destinadas a controle de velocidade). Nessas situações, ainda que sem uma conotação político-participativa, é evidente a natureza política da atuação do Ministério Público, bem como a importância dela.

⁹⁰ Cf. *Direito de Participação Política* (...), op. cit., p. 66.

⁹¹ Cf. *A Instrumentalidade do Processo*, op. cit., p. 171.

⁹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*, in *Partição e Processo*, op. cit., p. 122 e 125.

Tratando-se da legitimidade política de natureza participativa ou não, importa consignar que, sendo o Ministério Público um agente político não eleito diretamente pelo povo dotado de ampla legitimidade coletiva, tanto maior será sua capacidade de responder aos anseios dos cidadãos, quanto mais transparente e suscetível ao controle social estiver⁹³.

Para finalizar todas essas ponderações acerca da legitimidade política de que gozam os legitimados coletivos, importa registrar que **ela não é absoluta**, ou seja, não serve a suprimir determinadas questões do jogo democrático da maioria. Haverá sempre determinadas matérias que, pelo alto grau de polêmica que ainda despertam na sociedade, não podem ser retiradas do debate político público - amplo e plural, sujeito a equacionamento pelo princípio da maioria - para serem resolvidas nos estreitos lindes entre um legitimado coletivo e o Poder Judiciário. Não se está aqui propugnando a afastabilidade judicial para defesa de direitos lesados ou ameaçados, pois haveria na proposta patente inconstitucionalidade, mas reconhecendo-se que, antes de determinadas opções políticas da maioria da população, não há que se falar propriamente em direito passível de ser exigido ou protegido judicialmente.]

É o caso, em nosso sentir, da discussão acerca das cotas em universidades. A polêmica em torno da adequada ponderação entre os princípios constitucionais da igualdade material (art. 5º, *caput*), da autonomia universitária (art. 207) e do mérito para acesso aos níveis mais elevados de ensino (art.208, V, *in fine*, CF) está longe de encontrar uma solução. Demanda, ainda, intenso debate e amadurecimento da opinião pública, seja quanto à validade constitucional dessa espécie de ação afirmativa, seja quanto aos critérios que devem norteá-la (origem ou grupo étnico do estudante), seja, ainda, quanto aos percentuais de reserva de vagas, caso admitida. Hoje,

⁹³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e*

não há que se falar em direito à determinada cota, antes que uma lei ou um ato da Universidade (esta se valendo de sua autonomia administrativa) a preveja. Prevista, não há espaço para, no estrito âmbito já referido (entre um legitimado coletivo e o Poder Judiciário), afastá-la por inconstitucionalidade quando é ainda tão polêmico o debate público sobre o tema⁹⁴.

Estabelecidas todas essas premissas, arriscamo-nos a responder as questões lançadas no início deste capítulo.

Quanto a construção da fábrica em região pobre e carente de empregos, tendo o legitimado optado, após ponderação dos valores envolvidos apurados em contatos diretos com a comunidade e a realidade por ela experimentada, excluir do pedido o fechamento da fábrica, não poderá o magistrado determiná-lo, seja em razão das limitações que lhe impõem o princípio dispositivo, melhor analisado no próximo capítulo, seja em razão da legitimidade política da escolha consciente do autor da ação coletiva em excluir do pedido tal fechamento. Se, por outro lado, constar essa hipótese do pedido, caberá ao magistrado sopesar a necessidade de conceder tal provimento para proteção do bem ambiental merecedor de proteção legal diante de outras alternativas tanto ou um pouco menos eficazes.

A questão das cotas já foi respondida. Não se pode admitir que a legitimidade coletiva (e, conseqüentemente, o acesso ao Poder Judiciário) sirva para

Prática, op. cit., p. 27.

⁹⁴ Para se ter idéia de quão polêmica é a questão, vale referir que ação civil pública proposta por membro do Ministério Público Federal em Gaurama, Paraná, contra o sistema de cotas instituído pela Universidade Federal daquele Estado, foi extinta, por desistência da ação, após declinada a competência para a Capital do Estado (não sem antes ter sido apreciada e concedida a liminar), tendo o procurador lotado em Curitiba, com atribuição para a matéria, solicitado autorização do Procurador Geral da República para assim proceder, no que foi atendido, sob o entendimento de que o procurador que propusera a inicial não era o promotor natural para a causa. Antes da desistência, interessa referir que a propositura causou surpresa e indignação em vários órgãos da Instituição, tendo em vista que a matéria vinha sendo objeto de amplo debate interno sem que se tivesse chegado, ainda, a uma posição institucional. Maior indignação causou a propositura no movimento negro que, de forma organizada e com legítima atuação política, convencera a UFPR a adotar o sistema de cotas.

suprimir questão polêmica do legítimo e amplo processo de debate político, sujeito ao critério da maioria, de circunstância que, pelo estágio de debate na sociedade, sequer se pode afirmar como direito constituído. Ademais, como acertadamente assevera PAULO FONTES, a amplitude da polêmica em torno de questões como essa demonstra que elas “não podem ser resolvidas por meio da dogmática jurídica, pressupondo uma opção normativa diante da qual o Judiciário deve recuar, por falta de legitimidade política.”⁹⁵

Em relação à polêmica sobre casamento de homossexuais. Muito embora não se possa negar a qualquer legitimado coletivo que satisfaça o requisito da pertinência temática o ajuizamento da ação, é inequívoca a maior legitimidade política para a causa que assumem as associações voltadas à defesa desse grupo, sendo no mínimo conveniente que outros legitimados levem em conta o posicionamento dessas entidades quando do ajuizamento da ação⁹⁶.

⁹⁵ Cf. *A ação civil pública e a separação dos poderes*, op. cit., p. 478.

⁹⁶ Ação civil pública proposta em 18/01/2005 pelo Ministério Público Federal (Procurador da República João Gilberto Gonçalves Filho, lotado em Taubaté), perante a Vara Federal de Guaratinguetá, com tal objetivo, teve o pedido de liminar indeferido pelo Juiz Federal Paulo Alberto Jorge devido às repercussões jurídicas que poderia ocasionar. A ação foi recebida com pouco entusiasmo no meio homossexual, a julgar pela repercussão na *internet*, e com muitas críticas por tentar impor judicialmente uma opinião ainda em discussão na sociedade.

CAPÍTULO V – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO PARA CRIAR O DIREITO

Com a ampliação dos direitos assegurados aos cidadãos, individual ou coletivamente, em especial no que se refere aos direitos sociais e àqueles relacionados à sociedade de massa, surgiu uma nova realidade jurídica, desenvolvida no capítulo primeiro deste trabalho. Em razão dela, terminaram por se apresentar ao Poder Judiciário demandas para cuja solução ele não fora originariamente concebido na configuração que lhe dava a teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Como deve o poder agir diante de uma total omissão do Executivo na efetivação de direito social assegurado em lei mas não implementado administrativamente ou diante do questionamento de determinada política pública frontalmente contrária à Constituição?

A positivação dos direitos sociais⁹⁷, conquanto tenham eles natureza prestacional, aliada a um amplo acesso à justiça dos direitos coletivos e à busca da igualdade material, objetivo do Estado Democrático de Direito, servem para fundamentar a judiciabilidade das políticas públicas ou a análise judicial da omissão delas, visto que cabe ao Poder Judiciário fazer o Poder Executivo cumprir a lei e a Constituição⁹⁸. Ainda que tal judicialização dependa sempre da análise do caso concreto, dos termos em que o direito é assegurado e da gravidade da violação combatida, bem como de limitadores como a previsão orçamentária e a reserva do

⁹⁷ E nossa legislação é farta em garanti-los, valendo citar, na área da saúde, as Leis 8080 e 8142, de 1990; na da assistência social a Lei 8742/93; na previdenciária, as Leis 8212 e 8213; na educação as Leis 9394/94 e 9424/96, para proteção à criança e ao adolescente a Lei 8069/90 e ao idoso a Lei 10.741/2003, todas prevendo inúmeros benefícios sociais freqüentemente desatendidos pelo Estado.

⁹⁸ Cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad. 2000.

possível, implicando em um verdadeiro processo de criação do direito, é inegável tal possibilidade⁹⁹.

Só dessa rápida introdução, é fácil perceber que o tema deste capítulo é demasiado extenso e complexo para ser abordado em profundidade neste trabalho, comportando conteúdo suficiente para uma monografia exclusivamente a ele dedicada. Por tal razão, serão aqui abordados tão-somente algumas peculiaridades que interessam ao objeto deste estudo sobre a relação entre o Estado Democrático de Direito e a tutela coletiva.

A primeira consideração que se faz necessária respeita ao compromisso desse contemporâneo estágio do Estado de Direito com a efetivação dos direitos coletivos, mormente os sociais (de segunda geração), fim para o qual o Poder Judiciário representa o último recurso da cidadania, não se podendo eximir de suas funções na concretização do Direito. Tanto a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV¹⁰⁰) quanto a regra da indeclinabilidade da jurisdição (art. 126, CPC¹⁰¹) impõem ao Poder Judiciário o dever de fazer efetivas as leis nas violações ou ameaças a direito que lhes forem apresentadas. Da capacidade de executar essa sua função dentro do sistema depende sua legitimidade.

⁹⁹ Para aprofundar o tema da judicialização das políticas públicas, além da excelente obra referida na nota anterior, ver também: GOMES, Luiz Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, e MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord). *Ação Civil Pública – 15 anos*, RT.

¹⁰⁰ “Art. 5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁰¹ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” cumprindo lembrar que nenhum outro princípio geral de direito tem mais autoridade que os princípios constitucionais fundamentais, de inequívoca força normativa como já referido.

Como bem destaca OWEN FISS, em análise das bases sociais e políticas do processo de concretização e construção da Constituição pelas cortes americanas, a qual pode muito bem servir à realidade brasileira¹⁰²:

“Em meu entendimento, as cortes não devem ser consideradas isoladamente, mas como fontes coordenadas do poder estatal, sendo partes integrantes de um sistema político mais amplo. De fato, a democracia leva-nos a assumir que o consentimento é a base da legitimidade, mas esse consentimento não é aquele que é dado separadamente a instituições individuais. O consentimento democrático estende-se para o sistema estatal como um todo. **A legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a ele submetido, individual ou coletivamente, mas da capacidade de uma instituição para executar uma função social dentro do sistema em questão.** Nos Estados Unidos, a legitimidade das cortes e o poder que elas exercem na reforma estrutural ou em qualquer tipo de litigância constitucional são baseados na idoneidade do Judiciário para desempenhar sua característica função social, que é, como sugeri, **dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição.**” (grifos ausentes do original)

Surge então a **questão fundamental**: qual a **função social do Poder Judiciário dentro do sistema brasileiro de repartição de poderes** no Estado brasileiro e **na concretização de nossa Constituição e dos direitos nela previstos?**

¹⁰² In:FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e*

Não se responderá essa questão sem relacioná-la à evolução dos direitos humanos, notadamente à distinção essencial entre os direitos individuais - para cuja defesa o Estado de Direito e, com ele, a separação dos poderes foram concebidos - e os direitos sociais, ditos de segunda geração, e seu modelo correspondente de Estado, o Social. Para estabelecer essa distinção, vale o ensinamento de NORBERTO BOBBIO¹⁰³ de que, enquanto os direitos individuais (respeitantes às liberdades) exigem de alguém [aqui incluídos os entes públicos] uma abstenção (obrigações puramente negativas), os direitos sociais só podem ser realizados se for imposto um fazer [mormente ao Estado, a quem cabe, em primeiro lugar, a promoção de políticas públicas]. Lembra o doutrinador italiano, ao final do raciocínio, que “o **problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los**. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. E, importa destacar, essa proteção deve abranger não mais apenas os direitos individuais, civis e políticos, mas igualmente os direitos sociais.

Essa evolução dos direitos humanos positivados deu-se também no âmbito constitucional, como visto no Capítulo I, e, assim, acentuou um novo papel dos juízes e dos juristas práticos e estudiosos em geral: “o dever de julgar a ação do Poder Público não mais somente à luz de seu possível contraste com direitos e obrigações claramente definidas, mas também com programas vinculados de ação futura”, como observou CAPPELLETTI¹⁰⁴.

É por terem-se alterado profundamente as condições em que a divisão dos poderes e a conseqüente neutralização do Poder Judiciário floresceram que o papel

sociedade. SALLES, Carlos Alberto de (Coord. Tradução). São Paulo: Editora RT, 2004, p. 114.

¹⁰³ Cf. o ensaio “Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem”, publicado na coletânea *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-24. Nota: as observações entre colchetes não constam do texto original.

¹⁰⁴ In: *Acesso à justiça e função do jurista em nossa época*.

contemporâneo do Poder Judiciário na separação dos poderes é essencialmente diferente daquele que lhe cabia no Estado Liberal do século XVIII, impondo-se, em consequência, um repensar de suas funções, visto que “o crescimento do estado social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, a qual propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais.

Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. [...] Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação.”¹⁰⁵

Todo esse processo leva ao que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR denominou de **repolitização do Poder Judiciário** ou **desneutralização política do juiz**, na medida em que, perante os direitos sociais ou sua violação, “não cumpre [ao Poder Judiciário] apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado) mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz)”, fenômeno ampliado com o advento da tutela coletiva.

Tal repolitização não é, para o autor, livre de riscos, visto que é “a neutralização política do Judiciário que institucionaliza a prudência como uma espécie

de guardião ético dos objetos jurídicos” e que, perdida, corre-se o risco de que a legitimidade do Poder “deixe de repousar na concórdia *potencial* dos homens” para fundar-se numa espécie de “coerção da eficácia funcional”¹⁰⁶, “um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria” e depende de apoio da opinião pública e manutenção da imagem¹⁰⁷. Em nossas palavras: o perigo da politização do Poder Judiciário residiria justamente na perda de sua condição de árbitro imparcial para assumir a condição de jogador, com igual preocupação quanto à opinião do público.

As respostas às inquietações de FERRAZ JUNIOR encontramos em CAPPELLETTI e ROBERT ALEXY, sem que se perca com elas o valor do ativismo judicial. Pelo contrário, o saudoso processualista italiano e o célebre filósofo alemão apresentam os fundamentos e os limites desse ativismo ao mesmo tempo em que demonstram sua importância na atual configuração do Estado.

CAPPELLETTI, em mais uma de suas fundamentais obras, *Juízes Legisladores?*, demonstra que, especialmente a partir da ampliação dos direitos humanos positivados - incluindo-se aos civis e políticos os sociais e os decorrentes das sociedades de massa - e da concomitante evolução do conceito de Estado de Direito para assumir inicialmente uma caracterização mais social e, recentemente, mais democrática e participativa, incrementou-se o papel dos juízes como criadores do

¹⁰⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, op. cit., p. 45.

¹⁰⁶ É curioso observar como é justamente esta eficácia que OWEN FISS visualiza como fundamento da legitimidade do Poder Judiciário. Inspirado na jurisprudência ativista e estrutural norte-americana, da qual o caso *Brown x Board of Education* é emblema e que esteve muito em voga nos anos 60 e 70, mas que atualmente vem sendo gradativamente reduzida em razão das críticas intensas que tem recebido (mormente em tempos de governos republicanos ultraconservadores), o autor norte-americano sustenta que a legitimidade de uma dada Instituição está na sua *capacidade de executar uma função social dentro do sistema em questão e que, nos Estados Unidos, a legitimidade das cortes e o poder que elas exercem na reforma estrutural ou em qualquer tipo de litigância constitucional são baseados na idoneidade do Judiciário para ... dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição.*” (cf. transcrição e referência doutrinária feita pouco acima, no texto principal).

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, pp. 45-47.

Direito¹⁰⁸. Papel esse que, como bem demonstra o autor, sempre foi inerente à função de interpretação das leis, visto que ao aplicá-las o juiz precisa valorar a generalidade de seu conteúdo e aplicá-la ao caso concreto, fazendo só então surgir o direito¹⁰⁹; mas que foi (tal papel) grandemente ampliado com o surgimento de direitos positivados de conteúdo mais genérico e dependente de prestações, como é o caso dos direitos sociais e dos direitos coletivos em geral, devido ao seu caráter contingente (cf. Capítulo III).

A diferença substancial desse papel criativo do juiz em relação à função legislativa é tão-somente de grau, vale dizer, enquanto o juiz está submetido à Constituição e às leis no seu processo “criativo”, só podendo afastar a aplicação de uma norma vigente se reconhecer, no caso concreto, alguma inconstitucionalidade, o legislador pode alterar a leis ou mesmo aprovar leis inconstitucionais, que precisarão ter essa inconstitucionalidade declarada para serem afastadas do mundo jurídico.

Deveras, só há distinções relevantes sob o aspecto formal entre as duas funções. Equivale dizer, embora criando o direito, ao interpretá-lo, como se legislador fosse, o processo formal de criação do juiz é diverso, submete-se a limites diversos (significativamente maiores) visto que é o procedimento, o modo de agir que caracteriza a atividade judicial, e não a substância. Dessarte, o verdadeiro perigo a prevenir, adverte CAPPELLETTI, “não está em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional”.¹¹⁰

Impende, por isso, bem caracterizar esse modo, identificar em que ele se distingue do legislativo.

¹⁰⁸ Cf. *Juízes Legisladores?*, op. cit., pp. 34-39.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 20-22.

¹¹⁰ Cf. *Juízes Legisladores*, op. cit. p. 132.

Caracterizam-no aquilo que o autor denomina de *passividade no plano processual*, pautada em dois pilares básicos¹¹¹:

- a) conexão de sua atividade decisória a um **caso concreto** que lhe tenha sido apresentado pelas partes, com as quais estabelece contato direto, e
- b) atitude de **imparcialidade** do magistrado, para a qual se faz necessário que o juiz **não atue em causa própria, seja provocado** (princípio dispositivo: *nemo iudex sine actoribus*) e assegure o caráter **contraditório do processo**.

Diversamente, o legislador, ao criar o Direito, dispõe em tese, para o futuro e genericamente, age por impulso próprio e pode (é mesmo natural que assim seja) atuar em interesse dos grupos que integra ou representa. Ademais, não está obrigado a ouvir ou abrir espaço para manifestação às partes que pensam de modo diferente. Um deputado eleito pelo movimento ruralista, por exemplo, não está obrigado a receber integrantes do movimento sem terra em seu gabinete nem ouvir e ponderar quanto aos argumentos destes, nem vice-versa.

Vê-se, assim, que há maior liberdade no processo de criação do legislador que do magistrado. Tudo no intuito de assegurar as chamadas *virtudes do processo judicial*: “imparcialidade, neutralidade e distanciamento”, no sentido de que deve estar o juiz em “posição de superioridade e neutralidade em relação às partes, impedindo de decidir uma controvérsia em que esteja envolvido o seu próprio interesse” sendo levado “a um comportamento de equânime tratamento das partes no processo, no

¹¹¹ Ibidem, pp. 73-81.

sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões”¹¹² por meio do contraditório.

Mesmo diante das inegáveis transformações jurídicas antes explanadas e das limitações substanciais e formais antes referidas, não são poucos os críticos que se insurgem contra quaisquer formas de criação jurisprudencial do direito (ou contra o ativismo judiciário), por entendê-la violadora do princípio da separação dos poderes e carecedora de qualquer legitimidade democrática¹¹³. Tal posição, todavia, não sobrevive diante dos argumentos apresentados por CAPPELLETTI ¹¹⁴:

1) **Nem sempre o jogo democrático do Poder Legislativo e Executivo resulta na enunciação da vontade da maioria da população** como reza a ciência política na teoria. É notória a atuação, junto a esses poderes, de *lobbies* com interesses privados, na maioria das vezes econômicos e nem sempre harmônicos com os interesses da coletividade, bem como a existência de acordos políticos voltados ao processo de formação, troca e empréstimo de força política. Não é, assim, impossível nem improvável que, muitas vezes, a interpretação criativa dada pelo Poder Judiciário ao direito positivado guarde mais afinidade com a vontade da maioria que as deliberações legislativas ou executivas. Os próximos argumentos assim o demonstram.

2) **O Poder Judiciário não é de todo privado de representatividade.** Embora os principais fatos a sustentar esse argumento apresentados por CAPPELLETTI - a renovação freqüente dos membros da Corte Suprema e a eletividade dos juízes de algumas cortes federais e estaduais - sejam inaplicáveis à realidade brasileira, o autor também refere o **dever de motivação** das

¹¹² Ibidem, p. 82.

¹¹³ No Brasil, sustentem essas críticas, dentre outros, José Joaquim CALMON DE PASSOS, *Direito, poder justiça e processo. Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 91/92 e Paulo Salvador FRONTINI. *Ação Civil Pública e separação dos Poderes do Estado*. In: *Ação Civil Pública – 15 anos*. MILARÉ, Édis. (Coord). São Paulo, Revista dos Tribunais (2000), pp. 668-706.

decisões judiciais (entre nós uma imposição constitucional – art. 93, X – juntamente com a **publicidade dos julgamentos**) como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade delas, tendo o inegável mérito de assegurar ao público que elas não resultam de caprichos ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, que desse modo se mantêm fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade¹¹⁵. Este fundamento está na base da Teoria da Argumentação de ROBERT ALEXY, como adiante será referido.

Nessa mesma linha argumentativa incluiríamos a legitimidade decorrente da outorga constitucional e legal do poder de dizer o direito (a exemplo do que referimos no capítulo anterior quanto aos legitimados), podendo-se, inclusive, considerar, como fez R.W. FOX em trabalho citado por CAPPELLETTI que “as próprias leis, e, obviamente, as constituições, quando formuladas em termos gerais e programáticos, podem ser consideradas um convite aos juízes – e a sua legitimação – por parte do legislador, para colaborar na evolução do direito.”¹¹⁶

3) Por outro lado, a **imparcialidade e a garantia de um contraditório com o máximo de igualdade possível**, incluídas dentre as já referidas “virtudes passivas”, conferem ao Poder Judiciário uma outra legitimidade democrática importante ao sistema democrático: a de permitir que grupos que não teriam espaço de manifestação e argumentação na arena política do Legislativo ou do Executivo (as minorias não representadas, os grupos marginalizados) possam, no Judiciário, alcançar audiência e apresentação de argumentos¹¹⁷. **A proteção dos direitos das minorias** é uma imposição do regime democrático. Impende obter, entretanto, que essa

¹¹⁴ Ibidem, pp. 92-107.

¹¹⁵ Op. cit. p. 98.

¹¹⁶ O trabalho intitula-se *The Judicial Contribution* e foi citado por Cappelletti em *Juízes Legisladores?*, p. 96, nota 207 c/c 27.

¹¹⁷ Ibidem, p. 99.

proteção não pode servir para subverter o jogo democrático decorrente das escolhas políticas alcançadas através das maiorias estabelecidas¹¹⁸ hipótese para a qual faltaria de fato legitimidade democrática ao Poder Judiciário.

4) o “**sentimento de participação**” – essência da democracia participativa de que já tratamos, especialmente no capítulo II – gerado a partir da conexão que os juízes estabelecem com as partes no caso concreto, visto que são elas que iniciam diretamente o processo e estabelecem seus limites (princípio dispositivo). Com felizes palavras, CAPPELLETTI registrou que a combinação única entre a proximidade antes referida e a imparcialidade decorrente da posição do juiz no processo “permite aos tribunais a possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se, ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento”¹¹⁹. Essa legitimidade democrática alcança, na tutela jurisdicional coletiva, proporções ainda mais participativas, especialmente quando os legitimados coletivos trazem consigo a legitimidade política a que referimos no parágrafo anterior.

Esse **quarto argumento**, relacionado à uma pressuposta sensibilidade maior às necessidades da população e às aspirações sociais **sujeita-se**, como bem ressaltado pelo autor, **a duas condições**: que a **seleção dos juízes seja aberta a todos os extratos da população** e que **todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais**. No Brasil, os concursos públicos vêm servindo, cada vez mais, como excelente via de acesso ao Poder Judiciário de pessoas egressas de camadas menos favorecidas da população. De outra parte, o acesso à justiça, sob a perspectiva coletiva,

¹¹⁸ Em outro contexto, mas com a mesma preocupação, GEISA RODRIGUES, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, op. cit., p. 28.

¹¹⁹ Ibidem, p. 104.

está bem assegurado pela multiplicidade de legitimados, conforme referido no capítulo anterior, e, sob a perspectiva individual, vem melhorando progressivamente com a necessária estruturação e valorização das defensorias públicas. Pode-se, assim, dizer que tal argumento é plenamente válido no Brasil.

OWEN FISS, professor das cadeiras de Processo, Teoria do Direito e Direito Constitucional da Universidade de Yale, com larga experiência de assessoramento à Suprema Corte norte-americana e um dos juristas norte-americanos que tem se debruçado sobre as questões relacionadas à jurisdição, ainda que sem referir o pensamento de CAPPELLETTI adota, no artigo antes referido, posicionamento muito similar ao do mestre italiano:

“A idoneidade dos juízes para dar significado aos valores públicos não está associada a aptidões morais especiais, as quais eles não possuem, mas ao processo que limita o poder que exercem. Uma característica desse processo é o diálogo que os juízes devem conduzir: eles devem conhecer de todos os pedidos, considerar uma grande esfera de interesses, pronunciar-se e também assumir responsabilidade individual por suas decisões. Ademais, o juiz deve permanecer independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo”

Em outras palavras, também FISS visualiza na independência (para CAPPELLETTI imparcialidade) e no diálogo (contraditório) os fundamentos principais da legitimidade do juiz para criação do direito.

ROBERT ALEXY resolve a questão de maneira diversa, deixando de lado a discussão sobre a legitimidade política (ou em racional substituição a ela) para, com sua Teoria da Argumentação Jurídica, fundamentar a legitimidade criadora do juiz por meio da chamada representação argumentativa do cidadão. Para o autor, o princípio fundamental de que “todo o poder estatal emana do povo” exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional (no nosso sistema, de controle difuso de constitucionalidade, também os juízes de primeiro grau) como representação do povo ainda que de modo diverso. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional [e, no Brasil, também qualquer juiz] argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento.

Com efeito, bem pondera o autor alemão que a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relação de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional.

Assevera ROBERT ALEXY que representação argumentativa dá certo quando a jurisdição constitucional é aceita como instância de reflexão do processo político. É o que ocorre quando os argumentos encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas e conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador

e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos Fundamentais e democracia estão então reconciliados¹²⁰.

HABERMAS segue caminho similar, igualmente defendendo uma Teoria da Argumentação baseada no valor (ou princípio) do discurso, segundo a qual sustenta que o processo e o juiz desempenharão melhor seus papéis na medida em que permitirem um grau tão qualificado de interação e confronto discursivo, em contraditório efetivo, que caberá ao magistrado para decidir, basicamente identificar qual o melhor argumento¹²¹.

Vê-se, indiscutivelmente, diferenças de fundo entre as teses de CAPPELLETTI e FISS de um lado e ALEXY e HABERMAS de outro, visto que enquanto aqueles identificam legitimidade política na atuação criativa do Poder Judiciário, estes últimos desenvolvem a idéia de representatividade argumentativa ou discursiva.

Apesar de reconhecermos a profundidade da divergência, não vemos as duas concepções como incompatíveis. Filiamo-nos ao pensamento de CAPPELLETTI por reconhecermos a existência de um processo criativo do direito, para o qual há que se identificar limites e diretrizes e que pressupõe alguma legitimidade política. Entendemos, todavia, que tal legitimidade tende a se reforçar com a Teoria da Argumentação de ALEXY, relacionada que está, inclusive, com o dever de motivação e a publicidade dos julgamentos, um dos argumentos de CAPPELLETTI a demonstrar que, apesar de diferenciada, também a criação judicial do direito possui sua legitimidade política.

¹²⁰ Nesse sentido o raciocínio do filósofo alemão desenvolvido em palestra proferida em 1998 por ocasião dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRGS intitulada *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático* publicada na Revista de Direito Administrativo n. 217, p. 65-66.

Outros autores¹²², embora não admitam a possibilidade de criação do direito pelo juiz, visto que a atuação deste pressupõe a previsão em lei ou na Constituição do direito material, reconhecem amplo campo de atuação do magistrado na tutela dos interesses coletivos em razão do que já dispõe a legislação e, em particular, da amplitude dos direitos sociais.

Dentro da visão restritiva, merece referência a interessante distinção feita por AUGUSTO CERRI¹²³, entre a função “di garanzia” que se impõe ao Poder Judiciário na efetivação dos direitos já assegurados, e “di decisione” que a ele resta vedada sempre “in presenza di una legittima discrezionalità” e diante da falta de uma “ragione costituzionale per escludere tale discrezionalità dell’amministrazione”. Diz, em outras palavras que, enquanto não decidido pelos órgãos políticos o alcance de determinado direito em relação ao qual a lei deixa uma margem discricionária ao administrador, não cabe ao Judiciário fazê-lo, salvo se houver razões constitucionais para afastar tal discricionariedade (cita o emblemático exemplo do direito à saúde como garantia maior da vida, que autoriza imposições judiciais mesmo na lacuna da lei). Linhas gerais, é essa também a linha da jurisprudência brasileira como anota PAULO FONTES¹²⁴, embora ressalve acertadamente, citando a doutrina célebre de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO sobre a discricionariedade administrativa, que em algumas hipóteses concretas ela, embora presente na lei, desaparece. Também faz o autor interessante ponderação quanto à possibilidade de se adotar princípios constitucionais como o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência para, em alguns

¹²¹ Cf. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade, p. 302.

¹²² É o caso de GEISA RODRIGUES, op. cit., p. 38.

¹²³ Cf. *Ancora sulle ragioni e sui limiti della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, In: **La Tutela Giurisdizionale degli Interessi Collettivi e Diffusi**. LANFRANCHI, Lucio (Coord.), op. cit., p. 568.

¹²⁴ Cf. *Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes*, op. cit., pp. 478-481.

casos administrativos, admitir-se o controle judicial sobre hipóteses que, a princípio, seriam discricionárias.

Certo é, todavia, que estando, já garantido o direito, é um dever do Poder Judiciário assegurar sua efetividade.

Deixaremos de abordar outras questões que poderiam surgir a partir do posicionamento do autor italiano, relacionadas, por exemplo, à implementação concreta de direitos sociais (reserva do possível, limites orçamentários etc) porquanto fogem aos objetivos deste trabalho.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, fica patente a importância das peculiaridades políticas da tutela coletiva.

Encarada em seu contexto amplo, vale dizer, não apenas jurisdicional, mas também sob a perspectiva extrajudicial dos compromissos de ajustamento de conduta, a tutela coletiva está no centro dos debates hodiernos mais importantes acerca dos destinos da sociedade, necessariamente debatidos sob uma perspectiva política. Esse considerável sobrevalor político que lhe é ínsito não pode ser desconsiderado quando da análise de todos seus aspectos fundamentais: legitimação, possibilidade jurídica dos pedidos e efetividade, dentre os que mais se destacam, hoje, na pauta dos grandes debates acadêmicos acerca do processo e sua instrumentalidade. Foi para contribuir com essas reflexões que se empreendeu o presente estudo.

Extrapolaria, contudo, os objetivos a que nos propusemos, a análise das inúmeras conseqüências que as características políticas da tutela coletiva determinam nos aspectos fundamentais antes referidos, cabendo nestas conclusões apenas algumas rápidas referências em acréscimo às inúmeras já entremeadas nos capítulos anteriores.

Na análise da legitimidade, por exemplo, e mais especificamente no que se refere à pertinência temática e à liberdade de ação de que gozam os legitimados públicos, especialmente os não eleitos como é o caso do Ministério Público, o aspecto político de representatividade ou permeabilidade social devem necessariamente ser considerados. Assume, em conseqüência, plena razoabilidade o requisito constante no art. 5º, II, da LACP (pertinência temática) devendo ser, por isso, aferido em concreto

pelo magistrado e não apenas sob o mero aspecto formal. Seria questionável, por exemplo, a legitimidade de um determinado sindicato de defender uma questão ambiental com a qual não guarda qualquer familiaridade. Outrossim, há que se estimular os membros do Ministério Público a estabelecerem, previamente a suas atuações judiciais em tutela coletiva, contato com as comunidades ou grupos diretamente afetados antes de formarem suas convicções sobre as opções de atuação a serem tomadas.

A possibilidade jurídica do pedido, questionada com frequência pelos entes públicos que figuram como réus nas ações civis públicas em que se discutem atos administrativos, sob o argumento de que há malferimento do princípio da separação dos poderes, só poderá ser adequadamente compreendida se assimilado o novo papel político desempenhado pelo Poder Judiciário na atual configuração do Estado brasileiro.

De igual sorte, a efetividade depende da compreensão, pelo Poder Judiciário, desse seu papel e, talvez principalmente, pelos legitimados das peculiaridades da tutela coletiva (especialmente seu caráter complexo, contingente e político) de modo a viabilizarem ampla discussão prévia ao ajuizamento de medidas judiciais, seja para buscar o consenso do compromisso de ajustamento de conduta, seja para pedir soluções mais específicas e concretizáveis ao juiz. Pouco efetivas são as ações civis públicas que, ignorando as inúmeras peculiaridades da tutela coletiva, simplesmente repassam ao Poder Judiciário o dilema posto pela violação dos direitos coletivos, como se fosse “problema dele”, quando o “problema” é de todos e aguarda, por isso mesmo, participação ativa de todos na identificação das soluções.

Vê-se, de tudo, a importância que os aspectos neste trabalho apresentados desempenham na concretização dos dois pilares diferenciadores do Estado

Democrático de Direito, a participação e a efetivação dos direitos sociais na busca da
igualdade material.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. SILVA, Zilda Hutchinson Shild (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3a. ed, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 7ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14a. ed, São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Editora Ática, 1998

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11a. ed, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

_____. **O Futuro da Democracia**. 8a. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 8a. ed, Brasília: Editora da UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11a. ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, 168 p. (Orig.: *Access to Justice*:

The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report, Milano: Giuffrè, 1978).

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, 134 p. (Orig.: *Giudici Legislatori?*, Milano: Giuffrè, 1984)

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: Estudos Norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. SALLES, Carlos Alberto (Coord. Tradução). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 158 p.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUCAS, Randolph. **Democracia e Participação**. Coleção Pensamento Político n.69. Brasília: Ed. da UnB, 1985..

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1 e 2. 1.ª ed. Siebeneichler, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10a. ed, São Paulo: Atlas Jurídico, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Do direito da participação política legislativa, administrativa e judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Anotado**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2249 p.

NOVAIS, Fabrício Muraro. **O Princípio do Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira de 1988: a Abertura do Sistema Constitucional e Análise de suas Conseqüências**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**, Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959, pp. 59 e segs

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5a ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16a. ed, São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Artigos:

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Tradução: Luis Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 55-79.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: **Ação Civil Pública: Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação**. MILARÉ, Édís. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. In: **Revista de Processo** n. 61, pp. 144-160.

CERRI, Augusto. *Ancora sulle ragione e sui limiti della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*. In: **La Tutela Giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. LANFRANCHI, Lucio (Org.). Torino: Giappichelli Editore, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In: **Revista de Informação Legislativa** n. 138.

DENTI, Vittorio. *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: **Participação e Processo**. GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (Org.). São Paulo: RT, 1988, pp. 11-23

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação Popular na Administração Pública*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 191. Rio de Janeiro, jan-mar 1993, pp. 26-39.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência?* In: **Revista Trimestral de Direito**, v. 09 (1995), São Paulo: Malheiros, pp. 40-48

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. . In: **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 471-486.

FREITAS, Juarez. *Tendências atuais e perspectivas da Hermenêutica Constitucional*. In: **Revista da Ajuris**, 76 (1999)

FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública e separação dos Poderes do Estado*. In: **Ação Civil Pública – 15 anos**. MILARÉ, Édís. (Coord). São Paulo, Revista dos Tribunais (2000), pp. 668-706.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei da Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. MILARÉ, Édís (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 17-32

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: **Revista de Processo**, 97 (jan-mar 2000), pp. 9-15

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: **Ação Civil Pública – 15 anos**. MILARÉ, Édís. (Coord). São Paulo, Revista dos Tribunais (2000), pp. 707-751

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira. *O Voto e a Internet*. Disponível na Internet: <http://www.senado.gov.br/web/conleg/artigos_direito.htm >. Acesso em 23 de julho de 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas Públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos*. In: **Revista de Processo**, 121 (mar 2005), pp. 38-50

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: **Participação e Processo**. GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (Org.). São Paulo: RT, 1988, pp. 98-113

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988