Sabrina Nasser de Carvalho

**PROCESSOS COLETIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS:
MECANISMOS PARA A GARANTIA DE UMA PRESTAÇÃO
JURISDICCIONAL DEMOCRÁTICA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo

2012

Sabrina Nasser de Carvalho

**PROCESSOS COLETIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS:
MECANISMOS PARA A GARANTIA DE UMA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, para obtenção do título
de Mestrado, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito – Área de Concentração em Direito
Processual.

Orientador: Ricardo de Barros Leonel

São Paulo

2012

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Ricardo de Barros Leonel, que, sempre com muita disponibilidade e atenção, provocou-me com reflexões imprescindíveis a uma abordagem crítica e sempre ponderada sobre os caminhos a serem traçados para a conclusão desta pesquisa. Durante todos os três anos de trabalho, suas inegáveis contribuições mostraram-se questionadoras e abertas, respeitando sempre a minha autonomia de posições e de ideias.

Agradeço também aos professores Suzana Henriques da Costa e Carlos Alberto de Salles, em primeiro lugar, pelos ensinamentos e provocações feitas nas aulas de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, quando então foram abordados os inquietantes assuntos contemplados neste trabalho, e, ainda, pelas valiosas críticas apontadas no exame de qualificação, contribuindo, assim, para o amadurecimento dos argumentos expostos nesta Dissertação.

Agradeço à minha irmã, Patrícia, exemplo de dedicação à vida acadêmica, pela saudável troca de experiências que muito auxiliou-me durante meus estudos.

Da mesma forma, agradeço ao meu amigo, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto que, desde o início e durante todo o período do curso de Mestrado, contagiou-me com seu entusiasmo pela vida acadêmica.

Não poderia deixar de registrar os agradecimentos a todos os meus amigos da Defensoria Pública, em especial aos amigos da unidade Lapa, seja pela compreensão e apoio para que eu pudesse conciliar trabalho e estudo, sejam pelas valiosas opiniões sobre os assuntos tratados neste trabalho, tão instigantes à atuação da Defensoria Pública.

Por fim, não posso deixar de fazer um agradecimento especial ao meu marido, Rafael, que dividiu intensamente comigo, do início ao fim deste trabalho, todos os percalços e as vitórias vividas neste período de estudo. Sou imensamente grata por seu auxílio na elaboração e revisão do texto, feito por ele com muita paciência e sensibilidade, muitas vezes deixando as suas prioridades e estudos para me ajudar.

Gostaria de registrar toda a gratidão que lhe devo pela compreensão em razão das horas de lazer privadas diante da necessidade de dedicação aos estudos. Cada palavra e gesto de incentivo despertaram-me a força e a confiança necessárias para que jamais desacreditasse no alcance dos meus sonhos e objetivos.

À Deus, pela vida, inspiração e força.

Aos meus pais, Regina e Marcus, que, dentre inúmeros outros valores,

ensinaram-me que nossos objetivos são alcançados

somente com muita dedicação e disciplina.

À minha família e aos meus amigos, por darem alegria e significado à minha vida.

Ao Rafa, por ser meu melhor amigo e o amor da minha vida.

RESUMO

O moderno conceito de democracia não se sustenta apenas sob o pilar único do modelo representativo. O respeito aos direitos fundamentais faz-se elemento imprescindível para o delineamento do Estado Democrático de Direito. Não obstante, a cláusula de que todo poder emana no povo também deve ser revisitada no estágio atual, de modo a contemplar instrumentos da democracia participativa, que devem se imbricar ao processo representativo. Esta ideologia participativa também é sentida perante o Poder Judiciário, com reflexos sensíveis às garantias processuais, mormente ao contraditório. Deste modo, é pela ótica dos princípios irradiados pelo Estado Democrático de Direito que a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas deve ser analisada. Por este paradigma instituído pela Constituição Federal de 1988, torna-se poder-dever do Poder Judiciário, juntamente com as demais funções estatais, concorrer para a efetivação dos objetivos constitucionais, o que representa a possibilidade de deliberação judicial em assuntos de largo espectro político e social. Não há dúvidas de que esta intervenção tem limites, de modo a impedir qualquer invasão indevida do Poder Judiciário em assuntos que, *a priori*, são de atribuição das demais funções estatais, executiva e legislativa. Por esta razão, torna-se imprescindível definir os parâmetros da atividade jurisdicional no controle das políticas públicas, o que exige o estudo da interpretação constitucional e da discricionariedade administrativa. Para o cumprimento deste mister, a escolha do instrumento processual adequado torna-se condição *sine qua non* com vistas ao alcance de uma decisão justa. Afastando-se do modelo individualista, o processo coletivo acompanha a evolução do direito material, impulsionado por um contexto dominado pelos valores da solidariedade e do coletivismo. As políticas públicas, compreendidas enquanto método para a distribuição igualitária dos bens comuns, são direcionadas sempre a uma coletividade. Diante disso, a tutela de direitos essencialmente coletivos, é, preferencialmente, a forma mais adequada para o controle das políticas públicas perante o Poder Judiciário, pois a característica da indivisibilidade do direito preserva o valor da isonomia inerente às políticas públicas. Aliados à técnica processual coletiva, estão outros instrumentos que

corroboram para a democratização do provimento jurisdicional. O primeiro deles refere-se à análise da representatividade adequada do legitimado coletivo. Em uma abordagem política da representação dos membros ausentes, a proposta é que o órgão julgador possa analisar, no caso concreto, se os interesses sociais foram adequadamente postulados na ação coletiva. Ademais, a realização de audiências públicas durante o curso do processo torna-se um mecanismo de participação popular, evitando-se que o debate sobre as importantes deliberações políticas restrinja-se às partes processuais formais, tornando-o eminentemente técnico. Por fim, a intervenção do *amicus curiae* nos processos coletivos, que tem como pauta o controle das políticas públicas, qualifica o debate, trazendo importantes vozes da sociedade que, por sua experiência e conhecimento, podem contribuir para uma escorreita deliberação judicial.

Palavras-chave: controle jurisdicional – políticas públicas – processos coletivos – representatividade adequada – audiências públicas – *amicus curiae*

ABSTRACT

The modern democracy concept cannot hold itself under the sole pillar of the representative model. The respect of the fundamental rights becomes a mandatory element for the Democratic State of Rights outlining. In spite of this, the clause that all power emanates from the people must be taken into consideration in the current stage, so as to contemplate participative democracy instruments that have to conform to the representative process. This participative ideology is also felt in the face of the Judiciary Power, with meaningful reflexes on the processual guarantees, mainly to the principle of an adversarial process. Thus, it is through the optic of the principles irradiated by the Democratic State of Rights that the intervention of the Judiciary Power in the control of public policies must be analyzed. By this model instituted by the Federal Constitution of 1988, it becomes power-duty of the Judiciary Power, together with the other state functions, collaborate for the effettivation of the constitutional aims, which represent the possibility of Judiciary deliberation in matters of wide political and social spectrum. There is no doubt that this intervention has limits, so as to avoid an undue invasion of the Judiciary Power in matters that, *a priori*, are attribution of the other state functions, as the Executive and Legislative. For this reason, it becomes mandatory to define the parameters of the juridical activities in the control of public politics, which demands the study of the constitutional interpretation and of the administrative discretionarity. To fulfill this aim, the choice of the proper processual becomes a *sine qua non* with a view to reaching a fair decision. Getting far from the individualist, the collective process follows the evolution of the material right, moved ahead by a context dominated by the solidarity and collectivism values. Politic public actions, understood as a method for the equal distribution of common welfare, are always directed for a collectivity. So, the guardianship of essentially collective goods is, preferably, the most adequate form for the control of public policies before the Judiciary Power, for the characteristic of the indivisibility of right will preserve the value of the isonomy inherent to public policies. Together with the processual collective technique, there are other instruments which collaborate for the democratization of the juridical provision. The first of them refers to the analysis of the proper representativity of the legitimate collective. In a political

approach of the representation of the absent members, the proposal is that the judging organ may analyze, in the concret case, whether the social interests have been properly postulated in the collective action. Furthermore, the realization of public audiences during the process becomes a mechanism of popular participation, avoiding that the debate about the important politic deliberations is restricted to the processual formal parties, making it become eminently technical. Last, the intervention of the *amicus curiae* in the collective processes, having as aim the control of public policies, gives quality to the debate, bringing in important voices of society, which, for their experience and knowledge, may contribute for a fair judicial deliberation.

Keywords: judicial control – public politics – collective processes – adequacy of representation – public audiences – *amicus curiae*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E METODOLOGIA.....	1
Capítulo 1- DEMOCRACIA, JUSTIÇA E PROCESSO	5
1.1 Democracia e direitos sociais	5
1.2 Democracia participativa	16
1.3 Processo e democracia	28
1.4 Conclusões parciais.....	38
Capítulo 2 - CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	40
2.1 Do Estado Liberal ao Estado Constitucional de Direito	40
2.2 Políticas Públicas: origem, evolução e conceito	55
2.3 Atos Políticos X Atos Administrativos.....	61
2.4 Legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas	72
2.4.1. Interpretação jurisdicional versus discricionariedade administrativa	72
2.4.2 Breves reflexões sobre a interpretação constitucional	80
2.4.3 Parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário	87
2.4.4 Legitimidade democrática do controle jurisdicional de políticas públicas ..	104
2.5 Críticas e respostas ao controle jurisdicional de políticas públicas	111
2.5 Conclusões parciais.....	117
Capítulo 3 - PROCESSOS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	119
3.1 Processo Coletivo Moderno.....	119
3.1.1 Evolução da Ciência Processual.....	119
3.1.2 Processo coletivo moderno: redefinição de um novo modelo processual....	125
3.1.2.1 Class actions.....	129
3.1.2.2 Direito processual coletivo brasileiro	137
3.2 Processos Coletivos: modelo processual mais adequado para a discussão jurídico- política	145
3.2.1 Primazia da tutela de direitos (essencialmente) coletivos para o controle jurisdicional de políticas públicas	145
3.2.2 Processos coletivos e democracia social	164

3.3 Conclusões parciais.....	172
Capítulo 4 - INSTRUMENTOS PROCESSUAIS À SERVIÇO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	174
4.1 Representatividade adequada e democracia processual.....	174
4.1.1 Legitimidade coletiva.....	174
4.1.2 Representatividade adequada	179
4.1.3 Representatividade adequada como instrumento de participação social na elaboração dos elementos objetivos da demanda coletiva	195
4.2 Participação popular por intermédio das audiências públicas	207
4.3 <i>Amicus curiae</i> : representatividade da sociedade civil no enfrentamento aos obstáculos à informação.....	223
4.3.1. Do instituto: <i>amicus curiae</i>	223
4.3.1 Democratização do debate processual por meio do <i>amicus curiae</i>	243
4.4 Conclusões parciais.....	254
CONCLUSÃO.....	256
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	262

INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

O Direito, enquanto expressão cultural, acompanhou as transformações ocorridas no seio da sociedade, impulsionadas pela conjuntura política e social que particularizaram determinado período da história.

O denominado Estado Liberal apoiava-se no legalismo rígido, servindo de instrumento da burguesia para conter os desmandos pelo Estado ocorridos no período absolutista. À Administração Pública e ao Poder Judiciário restava apenas a submissão irrestrita ao texto legislativo, pois todo o poder estava concentrado na esfera legislativa. Neste momento, a concepção do Direito estava restrita à da lei, emanada do Parlamento.

A institucionalização de um Estado constitucional democrático alterou o paradigma do liberalismo. Este novo contexto caracterizou-se pelo prestígio político das normas constitucionais, erigidas à supremacia sobre todas as demais e, em consequência, promoveu-se a inversão hermenêutica do princípio da legalidade. A neutralidade da jurisdição fez-se substituir pela atuação ativa e política do magistrado, colocando-o como corresponsável, juntamente com os demais poderes, em alcançar os objetivos traçados pela Constituição, sob a égide dos valores democráticos.

O Poder Judiciário tornou-se, assim, o canal de escoamento das insatisfações sociais advindas das deliberações das demais instâncias de poder e do modelo representativo da democracia. Aos poucos, as pretensões judiciais revestem-se de caráter político, alicerçadas sobre os direitos constitucionais, e passam a demandar a inserção jurisdicional na gestão da coisa pública.

Os influxos do constitucionalismo democrático também foram sentidos no direito processual. Enquanto instrumento de efetivação do direito material, o processo deveria adequar-se aos propósitos constitucionais, de modo a garantir a plenitude destes novos direitos, muitos deles particularizados pela transindividualidade de sua titularidade e por sua importância política e social. Assim, os reflexos da ideologia inserta nas normas constitucionais uniram-se à técnica para redimensionar determinados institutos processuais e fazer florescer outros, necessários à ampliação do acesso à

justiça e à democratização de seu procedimento. Em consequência, edificou-se um processo civil que, mais do que ao interesse das partes, serviu aos interesses sociais.

Dentre os destaques da evolução processual está o processo coletivo. Em razão disso, hodiernamente, pode-se afirmar que o Poder Judiciário possui eficientes ferramentas processuais para intervir de forma adequada nas questões de alta relevância social e política.

No que se refere ao direito material, inegável ainda o espectro político das normas constitucionais, inscritas por meio de princípios abertos, que autorizam uma ampla margem de atuação do intérprete jurisdicional para desvelar o seu verdadeiro sentido social. Na ameaça ou lesão a estes direitos e garantias, o Poder Judiciário pode ser provocado a restabelecer a harmonia constitucional.

Postas estas premissas, a indagação fomentadora das inúmeras controvérsias que recebem atenção atualmente na doutrina e na jurisprudência refere-se aos limites da atuação política pelo Poder Judiciário, quando este é provocado a aferir se, por ação ou omissão, houve afronta aos direitos fundamentais constitucionais pelos demais poderes.

A princípio, as ações estratégicas e planejadas para a efetivação de direitos, denominadas de políticas públicas, são de atribuição do Poder Legislativo e Executivo, aquele atuando de forma mais ampla, por intermédio do incremento legislativo, e o Executivo, de forma mais especializada, por meio de procedimentos e atos administrativos.

O Poder Judiciário age, portanto, na inércia ou na ação insuficiente dos poderes representativos em cumprir com o comando constitucional. A intervenção jurisdicional tem, por fim, caráter excepcional.

Partindo da premissa de que a atuação do Poder Judiciário nestas hipóteses se dá em *ultima ratio*, ou seja, tão somente quando provocado e, em processo que tem como causa de pedir a violação de um direito pelo Poder Público, não há como negar que há, de fato, interferência da atividade jurisdicional em assuntos que, ao menos em um primeiro momento, não integram a sua competência. Deste modo, se faz necessário traçar limites ao Poder Judiciário, evitando-se que haja uma substituição arbitrária e inconstitucional da atividade administrativa e legislativa pela atividade jurisdicional.

A definição destes limites passa pela análise de inúmeras questões, como, por exemplo, sobre as características normativas dos direitos constitucionais e a sua justiciabilidade, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, as deficiências do modelo da democracia representativa, entre outras.

A sedimentação dos limites dos Poderes se faz necessária para que se evite intervenções indevidas e inoportunas, culminando na arbitrariedade da atuação, no caso, do Poder Judiciário, que pode estar perigosamente travestida pelo discurso do compromisso com a efetividade dos preceitos constitucionais. Neste caso, pode haver verdadeira afronta ao princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes que integram a República Federativa do Brasil.

De outro vértice, importante se faz delinear as possibilidades em que o Poder Judiciário está autorizado a imiscuir-se nas ações políticas estratégicas, respaldado pela constatação de que as normas constitucionais e infraconstitucionais foram desrespeitadas pelos entes públicos, por ação ou omissão, de forma desarrazoada e injustificada.

Traçados os limites e enfatizadas as possibilidades de atuação do controle jurisdicional de políticas públicas, deve-se passar para a análise da processualística contemporânea, de modo a identificar o modelo instrumental mais adequado para se postular em juízo estes novos direitos. Para tanto, o processo deve franquear mecanismos condizentes com as particularidades da estrutura das políticas públicas, servindo de facilitador do acesso à justiça e concorrendo a fim de proporcionar o instrumento adequado à implementação da distribuição igualitária dos recursos públicos e ao alcance do bem comum.

Ao direito processual também é outorgado o mister de proporcionar a abertura do procedimento, garantindo, assim, a participação da sociedade nos processos de interesse público e social, uma vez que as políticas públicas representam questões de alta relevância à sociedade, pois dizem respeito aos meios para se efetivar os direitos fundamentais e de primeira ordem.

A edificação e a execução de uma política pública, em qualquer instância de poder, devem ser imbuídas de vetores democráticos, de modo a franquear oportunidade à sociedade civil em contribuir com a construção de uma política sólida, transparente e

eficaz. Assim sendo, o poder jurisdicional não pode se escusar de desempenhar a sua função consoante aos preceitos democráticos irradiados pela Carta Constitucional.

Alicerçado nestes valores, instiga-se à processualística contemporânea a construção de respostas adequadas ao cumprimento deste dever constitucional de inserção política da sociedade civil em corroborar com as deliberações jurisdicionais, servindo como mecanismo de aprimoramento da deliberação jurisdicional, e, principalmente, à legitimidade social da intervenção do Judiciário em questões de interesse político e social.

Neste trabalho procurar-se-á responder aos questionamentos pertinentes à atuação jurisdicional em assuntos de natureza política, por meio de uma abordagem histórica e evolutiva, iniciando-se com a gênese do controle de constitucionalidade até a abordagem das teorias críticas que recebem ênfase na doutrina e na jurisprudência atual.

Noutro passo, partindo da evolução do processo civil ao longo da história e da comparação com as *class actions* do Direito norte-americano, é analisada a técnica que conforma o processo coletivo no ordenamento brasileiro atual, com ênfase na possibilidade de sua contribuição em proporcionar instrumentos adequados ao Poder Judiciário de modo a promover a justa distribuição dos recursos comuns.

Mas o escopo central deste trabalho está em propor a utilização e a institucionalização dos mecanismos democráticos e participativos no curso do processo jurisdicional em que se veicula o controle de políticas públicas. Procurar-se-á demonstrar a pertinência do alargamento da relação dialética processual para além das partes formais do processo, conferindo, por meio destes institutos processuais, um potencial legitimador às decisões jurisdicionais de largo interesse social.

O propósito será demonstrar que o Poder Judiciário também pode ser instância adequada para o exercício dos valores democráticos, por meio de oportunidades participativas da sociedade civil em contribuir para a revelação dos valores sociais constitucionais e, em consequência, na busca do cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO 1

DEMOCRACIA, JUSTIÇA E PROCESSO

1.1 Democracia e direitos sociais

A relação e o diálogo estabelecidos entre o Direito e as formas de exercício do poder instigam reflexões e controvérsias de pensadores desde a antiguidade, quando então iniciaram a busca pelas respostas dos questionamentos advindos da relação de circularidade estabelecida entre estes dois elementos¹.

O embasamento da relação de interdependência entre Direito e o modo de governar subjaz na premissa explicitada por NORBERTO BOBBIO de que direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar o direito e só o direito pode limitar o poder². Pelos ensinamentos do filósofo italiano, o Estado democrático posiciona-se do ponto de vista do direito, ao contrário do Estado despótico, que se refere a um tipo ideal de Estado, compreendido do ponto de vista do poder³.

Portanto, em uma democracia, para que as decisões, tomadas por determinados indivíduos, possam ser aceitas como decisões coletivas faz-se imprescindível a observância das “regras do jogo”, ou seja, leis preestabelecidas, que garantam a qualidade democrática das deliberações políticas. Do mesmo modo, é por intermédio do modelo democrático que as “regras do jogo” são elaboradas e aprimoradas; pois o

¹ “(...) já que as leis são geralmente postas por quem detém o poder, de onde vêm as leis a que deveria obedecer o próprio governante? As respostas dadas pelos antigos a esta pergunta abriram duas estradas. A primeira: além das leis postas pelos governantes existem outras leis que não dependem da vontade dos governantes, e estas são ou as leis naturais, derivadas da própria natureza do homem vivendo em sociedade, ou as leis cuja força vinculatória deriva do fato de estarem radicadas numa tradição. (...) A segunda: no início de um bom ordenamento de leis existe o homem sábio, o grande legislador, que deu a seu povo uma constituição à qual os futuros dirigentes deverão escrupulosamente ater-se” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 95-96).

² “O governo das leis celebra hoje seu trunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, eu não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. É exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência”. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 185).

³ Idem, p. 23.

Direito, afastando-se da concepção jusnaturalista, não é um conjunto de dados extraídos da natureza do homem, mas reflete dados históricos, sociais e culturalmente construídos⁴.

Nesta linha de intelecção, é possível descortinar uma relação de interdependência ou reciprocidade estreita entre direitos fundamentais e democracia no Estado Democrático de Direito⁵. Neste modelo de Estado, os postulados estão preconizados sob a prevalência dos direitos fundamentais e nos preceitos participativos da sociedade civil. Com isso, tem-se que os governantes estão vinculados ao respeito estrito dos direitos que perfazem a dignidade humana e, ainda, que as decisões políticas devem ser o resultado da intensa participação da sociedade civil nas deliberações de larga importância política e social.

No Estado de Direito, perfilhava-se o postulado de que o Direito era apenas um limitador de poder, mas a criação das regras não era concebida como resultado de um procedimento democrático verdadeiramente popular.

Após um longo período de conquistas, o paradigma no Estado Democrático de Direito se alterou. Neste momento, os valores democráticos ultrapassam o conceito meramente formal de democracia, denotando-se um projeto de autogoverno do povo, em que os cidadãos atuam, não apenas como destinatários das normas, mas também participam do processo de elaboração dos comandos normativos. Neste sentido, a limitação do poder em favor das liberdades individuais não se torna a única preocupação, mas a ênfase também é de garantir a participação efetiva dos cidadãos nos processos de tomada da decisão política, outorgando condições materiais para o exercício dos direitos políticos. A participação do povo é o elemento legitimador das escolhas que regem a sociedade, tornando-as eminentemente coletivas e fruto de opções

⁴ “Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25).

⁵ “Pode-se dizer, assim, que há entre os direitos fundamentais e a democracia uma relação de interdependência e reciprocidade. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana”. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50-51)

advindas dos anseios sociais, com a dinamicidade inerente às transformações da sociedade, refletindo fielmente a evolução de um determinado momento da história⁶.

Os direitos fundamentais, por sua vez, também qualificam o Estado Democrático de Direito, erigindo a cláusula da dignidade da pessoa humana como o fundamento da atuação estatal⁷. Reconhece-se, assim, a necessária observância do comprometimento do sistema político e jurídico com a promoção da pessoa humana, seja no espectro dos direitos individuais e de liberdade, seja quanto aos direitos sociais, estes últimos impulsionados pelo componente do princípio da solidariedade.

Os valores que delineiam o perfil deste Estado Constitucional e Democrático encontram-se positivados nas Constituições modernas por intermédio dos direitos fundamentais. Tais direitos consubstanciam o acordo básico estabelecido entre as diversas forças sociais e políticas, consolidando um ponto de convergência e de consenso mínimo que deve informar uma sociedade pluralista⁸. Em outros termos, a força e o poder advindos do Estado, neste novo momento histórico, jamais pode deixar de perfilhar os caminhos que regem a temática dos direitos fundamentais, sob pena de seus atos tornarem-se ilegítimos, diante do contraste com um dos pontos fulcrais do Estado Democrático de Direito, promovendo ainda a descaracterização da própria democracia. Diante de sua inegável importância, cuidam-se de direitos e garantias intocáveis pelo processo político, uma vez que consubstanciam o núcleo inviolável da dignidade intrínseca a todo indivíduo.

⁶ “Fluindo do dissenso conteudístico que caracteriza estruturalmente o mundo da vida e, pois, a esfera pública, a soberania do povo é fator de reciclagem permanente do Estado em face das novas situações e possibilidades, assim como condição básica e indispensável de sua heterolegitimação em uma sociedade sistemicamente hipercomplexa, eticamente heterogênea e politicamente pluralista”. (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 165)

⁷ “Os direitos humanos fundamentais constituem, na maioria das sociedades contemporâneas, um elemento quantificador do pacto que se instaura entre os cidadãos, e entre estes e seus representantes, com o objetivo de realização das formas e das instituições de convivência”. (RODRIGUES, Maria Elena. Os direitos sociais na constituição. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coords.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113)

⁸ “*En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales a un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento u condicionan su deber de obediencia al Derecho.*” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 21).

Vale ressaltar que a imbricação entre os direitos fundamentais e a democracia neste novo momento histórico exige o livramento das amarras da concepção dos preceitos meramente negativos destes direitos, tão festejados no Estado Liberal.

Deste modo, os conceitos de liberdade e igualdade são revisitados no modelo constitucional-democrático, exigindo-se uma igual liberdade entre os indivíduos, informada pelo princípio da solidariedade, de modo a garantir as condições básicas para que todos os cidadãos possam intervir no procedimento de distribuição dos recursos comuns. Sob este prisma, questiona-se se a democracia substancial pode ser de fato atingida quando a fome, a miséria, o analfabetismo e a exclusão social mostram-se características marcantes de uma determinada sociedade.

Não há dúvidas de que a resposta é negativa, como bem evidencia o constitucionalista J.J. GOMES CANOTILHO:

“A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a socialidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jufundamental, incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais”⁹.

Pelos valores postos no Estado contemporâneo, a conclusão é pela indissociabilidade da democracia e dos direitos sociais. Neste contexto, é dever do Estado Social promover meios para a concreta inclusão social dos indivíduos, por intermédio da outorga de pressupostos materiais, os quais se qualificam por serem essenciais para o resguardo da dignidade humana¹⁰.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção. O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹⁰ “La persona, em virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, como asimismo, tiene el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. (ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos sociales como derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno. In: SALOMÃO, George;

Forçoso reconhecer que o Direito, para realizar-se como verdadeiro instrumento de inserção dos indivíduos nos procedimentos que culminam em importantes deliberações políticas do Estado, deve superar a visão de proteção restrita aos direitos de primeira geração, os denominados “direitos de defesa” ou de “liberdades públicas”.

A gênese destes direitos encontra-se no pensamento liberal-burguês do século XVIII, quando então a preocupação era demarcar os limites estreitos à intervenção e ao constrangimento do Estado, dimensionando-os no espectro mínimo, de modo a amparar a convivência social. Com isso, a economia capitalista encontrou espaço livre para seu desenvolvimento, convertendo-se em uma questão eminentemente privada, prescindindo de regulação estatal.

De todo modo, ainda que tais direitos se prestassem a satisfazer os interesses da classe burguesa, o seu intento era de resguardar a esfera de autonomia do indivíduo frente aos desmandos do Estado e do particular. Inegável, assim, o seu valor.

Esta modalidade de direitos mantém-se nas Cartas políticas contemporâneas, mas, sem dúvida, é compreendida sob outro prisma, após uma releitura permeada pelos influxos axiológicos da sociedade atual, de modo a adequar-se ao modelo de Estado Democrático e Constitucional.

A importância da preservação da autonomia do indivíduo é inquestionável, promovendo a proteção de seu aspecto existencial e de autodeterminação da pessoa humana.

No estágio atual, estes direitos são denominados de “direitos civis e políticos”¹¹, porque abrangem um leque de liberdades que se relacionam à promoção da participação política do indivíduo, a exemplo da liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direito de reunião, direito ao voto, entre outros, denotando-se, assim, sua estreita aproximação com a democracia¹².

Mas a nota distintiva do Estado Social é a imprescindível ampliação da proteção das dimensões do dever estatal, por meio da promoção dos direitos

SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 156)

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 563.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

econômicos, sociais e culturais. Como anteriormente mencionado, imputa-se ao Poder Público a responsabilidade de prover as condições materiais inerentes à esfera da solidariedade, a exemplo do direito à saúde, à moradia, ao lazer, ao trabalho, entre outros. Para além da igualdade meramente formal do Estado Liberal, busca-se promover a igualdade em seu aspecto material, de modo a posicionar o indivíduo em condições de iguais oportunidades, franqueando-lhe a cidadania social, a fim de que todos possam exercer o conteúdo efetivamente participativo na seara das decisões políticas advindas do Estado. Portanto, por meio da dinâmica distributiva, o Estado torna-se devedor de um progresso material da sociedade, de modo a assegurar a todos as condições imprescindíveis para a sua inclusão política e para a preservação de seu poder de influência na tomada de deliberações no âmbito estatal, tornando todos sujeitos de direitos e não meros objetos de um processo político meramente formal.

Preconizado nestas premissas, tem-se que, para o exercício do direito democrático, revela-se imprescindível a observância simultânea dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

Não é por outra razão que, na esfera dos direitos humanos, fala-se em interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, reconhecendo-se, no plano internacional, a insuficiência de proteção da dignidade humana somente com a observância de uma destas modalidades de direitos¹³.

De todo modo, hodiernamente, ainda se encontra arraigada, na doutrina e na jurisprudência, uma dicotomia plasmada na essência da conformação dos efeitos que caracterizam os direitos de liberdade e os direitos sociais, sustentando tratar-se de modalidades díspares, o que ensejaria o enquadramento destes direitos em categorias diversas.

¹³ “Um dos possíveis significados das noções de interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos é o fato de que deveres decorrentes de diferentes direitos podem se sobrepor – de forma que o mesmo dever pode ser identificado com diferentes direitos. Um exemplo típico desse fenômeno é a ideia de que o direito à vida envolve obrigações positivas, incluindo o acesso a um nível básico de serviços de saúde – um dever que também pode ser identificado com o direito à saúde. Finalmente, alguns direitos resistem à compartimentalização estrita – por exemplo, o direito à educação vem sendo considerado um direito civil, político, econômico, social e cultural. (COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; DARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 490-491)

A principal característica suscitada que outorga naturezas tão distintas a estes direitos refere-se à compreensão de uma dimensão de conteúdo meramente abstencionista da atividade estatal, o que caracterizaria a essência dos direitos de defesa, defendendo-se, em contraposição, uma dimensão prestacional aos direitos sociais, o que exigiria do Estado, para satisfazê-los, uma atuação positiva.

Preconizado nesta distinção, sustenta-se que os direitos meramente negativos inserem-se na categoria de direitos subjetivos públicos, o que os faz plenamente justiciáveis, haja vista que, para a sua satisfação, torna-se suficiente apenas uma abstenção do Estado, ou seja, uma atuação negativa e, portanto, desonerada de custos.

De outro vértice, os direitos sociais, por condizerem com a atuação prestacional perpetrada pelo aparato estatal, representam um comportamento ativo do Estado e não apenas uma mera abstenção. E, em sendo assim caracterizados, os direitos sociais demandam custos por parte do Estado e sua implementação encontra-se condicionada às possibilidades materiais existentes, subordinada aos critérios distributivos dos recursos comuns, infirmando, em contrapartida, a eficácia jurídica¹⁴ desses direitos, ou seja, a sua sindicabilidade perante o Poder Judiciário.

Alicerçado sobre essas premissas, pode-se mencionar a doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que dispõe sobre a classificação da eficácia jurídica das normas constitucionais, ou seja, quanto aos aspectos de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma¹⁵.

O constitucionalista divide as normas constitucionais em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida. Na primeira categoria, todas as normas produzem seus efeitos essenciais, pois contêm uma normatividade suficiente para tanto. Da mesma forma, o segundo grupo também se caracteriza por conter normas que incidem imediatamente e produzem os efeitos desejados, mas, por outro lado, preveem meios e conceitos que permitem manter a sua eficácia contida em certos limites.

¹⁴ Sobre o conceito de eficácia jurídica: “Trata-se, na nomenclatura contemporânea, da eficácia jurídica – eficácia juridicamente qualificada – por força da qual, uma vez desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do Judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33).

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

Por fim, as normas de eficácia limitada não produzem, com a simples entrada em vigor, seus efeitos essenciais, em razão de sua normatividade insuficiente, deixando a tarefa de integrá-la para o legislador ou para outro órgão do Estado¹⁶.

Diante desta classificação, conclui JOSÉ AFONSO DA SILVA que as normas constitucionais que descrevem direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta, prescindindo de qualquer atividade do legislador ou de outro órgão estatal. Os direitos sociais, por sua vez, inserem-se na categoria de normas de eficácia limitada, na qual integra a espécie de normas programáticas, e se prestam a direcionar os fins que devem orientar o Estado, exigindo a emanção de outros atos para se tornarem plenos em sua normatividade e produzirem os efeitos desejados pela norma¹⁷.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA apresenta uma posição crítica à classificação acima descrita. Segundo a visão deste autor, a capacidade para a produção dos efeitos desejados pela norma está sempre condicionada a variáveis outras que não somente aquelas restritas ao dispositivo legal ou constitucional. Na visão do constitucionalista, nenhuma norma é bastante em si mesma, pois seus efeitos plenos sempre estariam a depender de algum tipo de regulamentação pelo legislador ou por outro órgão estatal, mesmo os denominados direitos individuais ou de liberdade. Este posicionamento coloca em questão a classificação trínaria delineada por JOSÉ AFONSO DA SILVA e, por consequência, a tese de que os direitos de liberdade são normas de eficácia plena e os direitos sociais enquadram-se no conceito de normas de eficácia limitada¹⁸.

Para ilustrar o argumento acima exposto, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA utiliza-se do exemplo em que são cotejadas a norma constitucional que regulamenta o direito ao sufrágio, inscrito no artigo 14 da Constituição Federal, e a norma que garante o direito à saúde, inserta no artigo 6.º da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, esclarece VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA que, no plano do texto constitucional, nada as diferencia. Ademais, acrescenta o constitucionalista que, no plano de produção dos efeitos desejados pelas normas, também não se pode justificar a dicotomia entre estes dois direitos por meio da aferição sobre a necessidade ou desnecessidade de regulamentação ou de ação estatal. No caso do direito ao sufrágio,

¹⁶ Idem, p. 82-83.

¹⁷ Idem, p. 151-160.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228-232.

para o gozo deste direito pelo cidadão, fazem-se necessárias a criação e a manutenção das seções eleitorais e das juntas de apuração, a organização e manutenção de um órgão responsável pela organização e pelo bom funcionamento das eleições, a elaboração de legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes, a criação e a manutenção de alguma forma de financiamento partidário, dentre outras. Este mesmo raciocínio pode ser aplicado à institucionalização dos meios para o gozo dos demais direitos que perfazem as liberdades públicas. No que se refere ao exercício do direito constitucional à saúde, as prestações estatais também se tornam condições *sine qua non* para a plena eficácia da norma, como a construção de hospitais, a contratação de médicos, a compra de medicamentos, a criação de legislação para estabelecer as prioridades na prevenção de doenças. Do mesmo modo ocorrem com os demais direitos sociais¹⁹.

Por fim, para justificar o fato de que os direitos de liberdade têm seus efeitos mais amplos quando comparados com os direitos sociais, explicita VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA que a diferença é identificada no fato em que as condições institucionais, legais e materiais para o gozo dos direitos individuais já se encontram implementadas em nosso País, diversamente dos direitos sociais, os quais ainda não se encontram em sua esfera ideal de implementação²⁰, o que exigiria um maior custo para o Estado para torná-los efetivos.

As bases desta concepção tradicional também foram contrapostas por VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, em obra dedicada sobre a justiciabilidade dos direitos sociais²¹. Os autores dedicaram-se a demonstrar que a dicotomia entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, é sustentada pela ideologia do Estado mínimo, o qual se propõe a garantir exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa²². Demonstram os autores que, tanto os direitos de civis e políticos, como os direitos sociais, exigem prestações positivas e negativas²³ e, portanto, podem ou não demandar custos para a sua implementação. Deste modo, tecem críticas à concepção que ilide a justiciabilidade dos direitos sociais como um desvalor inerente à sua natureza. Em linha de conclusão, aduzem que a

¹⁹ Idem, p. 232-234.

²⁰ Idem, p. 237-238.

²¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

²² Idem, p. 23.

²³ Idem, p. 32.

dicotomia sustentada entre estas duas modalidades de direito serve apenas para refletir os paradigmas ou matrizes político-ideológicos das diferentes formas de regulação jurídica e para situar em um contexto histórico a forma como os diversos direitos foram concebidos e positivados²⁴.

Na mesma linha, CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES demonstram que a defesa da propriedade, aprioristicamente inserta em uma modalidade abstencionista de direitos, na realidade, acaba por impulsionar uma vultosa atuação pelos agentes estatais²⁵, assim como demanda um verdadeiro arcabouço legislativo para a sua proteção²⁶, concluindo tratar-se, ao revés, de um direito extremamente positivo e prestacional.

Ainda sob a acurada análise de CASS SUNSTEIN, a insistência da Suprema Corte norte-americana na dicotomia entre direitos negativos e positivos revela a inclinação da Corte pela opção ideológica de proteção de parte do povo americano, travestindo os reais critérios e fundamentos da justiça distributiva²⁷, de modo a manter a mesma sistemática do Estado Liberal.

As análises críticas apresentadas têm como alvo desmascarar as falsas premissas reverberadas na doutrina que insistem, mesmo nos dias atuais, na distinção de eficácia dos direitos fundamentais, com vistas a justificar a recalcitrância da implementação efetiva dos direitos sociais pelo Estado. E, esta atuação estatal encontra-se escudada pelo discurso proclamado pelos Tribunais de que a eficácia jurídica destes direitos sociais demandariam atuações prestacionais, e, em última análise, demandariam custos, o que tornaria tais normas condicionadas aos critérios da dinâmica de escolhas de prioridades inerente à política distributiva.

²⁴ Idem, p. 47-48.

²⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 90.

²⁶ Idem, p. 60-66, 90.

²⁷ SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 70: “*Here and elsewhere, it is misleading to understand the Constitution as a guarantor of “negative” rights. The Constitution protects some rights and not others. Whether rights are treated as “negative” or “positive” turns out to depend on assumptions about baselines – the natural or desirable functions of government. We may speculate that state protection of private property and contract often appears to be “negative” guarantee because it is so usual, indeed built into the very concepts of property and contract. Protection of property and contract are part and parcel of existing distributions, and hardly interfere with those distributions*”. (...) *The line between positive and negative rights is thus selected, in current law, by reference to existing distributions. Here the crucial factor is the law of property, which is of course built into those distributions, but which, perversely, is not treated as law at all.*” (SUNSTEIN, Cass. R. Op. cit., p. 71).

Uma vez aceita a conclusão de que todos os direitos subjetivos públicos podem ensejar custos ao erário, rejeita-se a manipulação ideológica²⁸ da efetividade dos direitos, lastreada no aspecto negativo-positivo.

Como bem pondera FLAVIO GALDINO,

“é preciso perscrutar a essência dos direitos públicos subjetivos para verificar que todos são positivos, e permitir uma escolha lúcida entre a violenta proteção da propriedade e a adequada prestação educacional, que talvez seja menos custosa”²⁹.

Repisa-se que os pilares dos valores que perfazem a democracia subjazem sobre o respeito a todos os direitos fundamentais, indistintamente. Por isso, somente se constrói uma democracia efetiva se há observância concorrente de todos os direitos que compõem as liberdades individuais e dos direitos que impulsionam uma cidadania social, de modo a proporcionar aos indivíduos as condições materiais para manter um senso crítico e transformador das políticas advindas do Estado.

Aceitas as premissas de que todos os direitos demandam custos e que o Estado não apresenta condições para implementar todos eles, as escolhas devem ser feitas respeitando os valores e a ordem normativa inserta na Constituição Federal, que determina a sobreposição dos direitos fundamentais sobre todos os demais e não estabelece, *a priori*, qualquer prevalência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, mas, ao contrário, outorga a ambas as categorias o mesmo grau de importância e ainda reconhece uma estreita interdependência entre elas ao resguardo do fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade humana.

²⁸ Expressão utilizada por Flávio Galdino. GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 280-281.

²⁹ Idem, p. 281.

1.2 Democracia participativa

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 1.º, parágrafo único, enuncia o princípio democrático de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. A abertura da Carta Política inicia-se, assim, com a outorga do direito democrático a todos os cidadãos, atribuindo ao povo o direito de reger-se segundo as suas próprias escolhas, ou seja, de serem governados por opções advindas verdadeiramente do seio da sociedade. Consagra-se neste dispositivo a soberania popular, que se destaca como requisito indispensável para a concretização da democracia.

A cláusula constitucional de que todo poder emana do povo, enquanto dotada de *status* normativo, não se mostra vazia de conteúdo, muito menos escora-se em procedimentos meramente formais, com vistas à legitimação de decisões tomadas internamente por uma minoria elitista que ascende ao poder. O governo do povo, evocado na Constituição, detém força jurídica³⁰ e, como tal, vincula todas as formas de exteriorização do poder, nos termos dos postulados democráticos.

Diversamente da democracia meramente formal do Estado burguês³¹, uma das características marcantes do Estado Democrático de Direito apoia-se na condicionante de legitimidade das decisões estatais, que necessariamente deve ser pautada na titularidade da força transformadora do povo. Deste modo, faz-se imprescindível o

³⁰ Na visão de CANOTILHO, a democracia pode ser vista como um princípio normativo complexo, que contempla um processo dialético entre o elemento representativo e o elemento participativo. Para CANOTILHO, o princípio democrático cuida-se de um princípio normativo informador do Estado e da sociedade e, ainda, de um princípio de organização, da titularidade e exercício do poder: “Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de Governo”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288-290)

³¹ “O mandato representativo é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade, e mais uma forma de tornar abstrata a relação povo-governo. Segundo a teoria da representação política, que se caracteriza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, (...) (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 139)

controle da eficácia e da legitimidade dos instrumentos utilizados no exercício de gestão pública, a fim de identificar se, de fato, são fruto de uma construção social³².

Partindo dessa análise, PAULO BONAVIDES defende que a moldura da democracia no Estado Social de direitos fundamentais afigura-se menos uma forma de governo do que um direito. Com lastro nas lições do autor, a democracia torna-se o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta o Estado contemporâneo³³.

Se a democracia recebe o *status* de direito, os pressupostos subjacentes ao exercício democrático não podem ser desconsiderados, sendo esta a razão pela qual os direitos civis e políticos e aqueles pertinentes à esfera econômica, social e cultural também devem ser preservados, proporcionando as premissas para o correto funcionamento dos mecanismos procedimentais de um regime democrático³⁴.

Nesta senda, a ideologia extraída do contexto democrático social encontra-se alinhavada com o diálogo horizontal e inclusivo dos cidadãos, os quais não podem ser compreendidos como meros espectadores das funções administrativa, legislativa e judiciária, mas devem estar integrados à dinâmica proporcionada pelos diversos procedimentos democráticos, de modo a tornar o povo uma potência ativa de dominação do poder, e, o Estado, o ente responsável por cumprir as opções sociais.

A soberania popular não é externada por meio de um único procedimento, mas abarca modos distintos de exercício deste poder. Uma das formas de contemplar os valores democráticos é por intermédio da democracia representativa. Neste modelo, as

³² LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 212.

³³ “Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161).

³⁴ “Sem a prática dos direitos do homem e dos cidadãos, o “povo” permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país” (“Staatsvolk”) de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global de legitimidade, povo legitimante”. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2010. p. 52)

deliberações políticas são tomadas pelos representantes eleitos por meio do sufrágio universal.

As liberdades individuais, assim como a igualdade do voto, ostentam o caráter democrático ao processo político de escolhas dos representantes que têm o encargo de decidir acerca da distribuição de resultados a toda sociedade. Portanto, é por meio do processo eleitoral que se fortalecem as instituições democráticas, e, o voto, compreendido como um elemento fomentador da cidadania democrática, torna-se um mecanismo inclusivo de inserção do indivíduo no processo de escolhas dos destinos do país, ainda que a soberania popular seja exercida pela via representativa³⁵.

Sendo a sociedade marcadamente pluralista e, diante do complexo procedimento decisório sobre os destinos do Estado, a democracia representativa, idealizada no Estado Liberal, preserva-se nos dias atuais ainda como modelo hegemônico, em razão do contexto das democracias de grande escala, outorgando poder aos políticos eleitos para que deliberem, em nome do povo, sobre as prioridades públicas. Na compreensão do Estado Democrático de Direito, a legitimidade deste modelo preconiza-se sobre a marca da soberania social, e, portanto, no sentido único de fluxo de poder, que deve advir sempre dos cidadãos em direção à autoridade.

No entanto, o postulado democrático e normativo da soberania popular contrasta-se com a realidade fática, mormente aquela vivida pelos países caracterizados por grandes desigualdades sociais. Nestes locais, ostenta-se um abismo entre a promessa de legitimidade popular e a realidade fática, tornando letra morta a mera invocação no texto constitucional de que o poder pertence ao povo. Inserido neste contexto, a capacidade de execução dos valores democráticos por meio do modelo representativo foi posta em discussão, bem como o potencial legitimador das decisões proferidas pelos representantes, deflagrando-se uma crise deste método democrático.

Um dos fatores apontados pela doutrina que concorre para o incremento da fragilidade do modelo representativo é a globalização. Os reflexos deste fenômeno culminam para o enfraquecimento da soberania dos Estados, diante dos novos fatores externos de regulamentação do sistema financeiro internacional, da intervenção

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: LOBO, Ricardo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 269.

regulatória de agências internacionais e do alto fluxo de informação proporcionado pela tecnologia³⁶.

De acordo com JOSÉ EDUARDO DE FARIA, a abertura democrática dos países da América Latina deparou-se com uma “crise de governabilidade”, tornando os governos eleitos politicamente débeis frente às pressões corporativas³⁷, minando assim a autonomia dos próprios Estados. Ainda consoante à compreensão do autor, como consequência desta crise, tanto os objetivos dos programas de estabilização econômica, quanto às metas insertas nos planos de reforma social não foram concretizados em sua plenitude. Com os objetivos elementares frustrados, a democracia não consegue consolidar-se nestes países em termos definitivos³⁸, abrindo espaço para uma hostilidade contra a própria ideia de democracia³⁹.

Ademais, não passa despercebido pela doutrina atual o descompasso da atuação dos agentes políticos eleitos e dos interesses titularizados pelo povo, desvelando uma crise do princípio representativo em refletir os verdadeiros interesses dos representados, os quais encontram-se alicerçados na expectativa de efetivação dos direitos fundamentais e na correção de outros graves problemas sociais. Entre os óbices que corroboram para infirmar a capacidade de representação dos agentes políticos, pode-se citar o fato de que os cidadãos são privados de informações sobre os elementos que compõem as atuações do Estado, o que os impede de aferir se, de fato, as ações estatais coincidem com suas reais demandas. Desvela-se ainda uma distância entre os representantes e representados, o que impossibilita o diálogo estreito entre as partes, inviabilizando, em última análise, que os primeiros sejam os verdadeiros porta-vozes dos cidadãos. Não obstante, é notório o desinteresse político do povo em debater os assuntos de importância política e social, revelando uma apatia e descrença quanto ao potencial transformador da política. Ademais, os cidadãos não se mostram sensíveis quanto à importância das escolhas políticas, expressas por intermédio do voto. Este, muitas vezes, acaba sendo realizado sem reflexão qualitativa⁴⁰. Por fim, podem-se

³⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrática: controle e participações como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119.

³⁷ FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 127-130.

³⁸ Idem, p. 128.

³⁹ Idem, p. 130.

⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 148.

menção a corrupção disseminada e institucionalizada, dentre inúmeros outros entraves opostos contra o aprofundamento da democracia⁴¹.

A identificação da crise da democracia representativa impulsiona o debate sobre o redimensionamento do processo democrático, franqueando novas luzes sobre o fenômeno da representação, de modo a reduzir a distância entre as deliberações dos representantes e os fins almejados pelo povo.

A Constituição Federal traz expressamente em seu corpo mecanismos de democracia direta, a exemplo do plebiscito⁴², do referendo⁴³ e da iniciativa popular das leis⁴⁴, todos com previsão no artigo 14. O objetivo é conjugá-los com o sistema eleitoral de escolhas dos representantes, que conforma a democracia representativa, como uma maneira de trazer o povo mais próximo da esfera deliberativa⁴⁵, investindo-o diretamente do poder de alteração dos rumos do país.

⁴¹ Outros exemplos são mencionados por LUÍS ROBERTO BARROSO: “No sistema eleitoral, a maldição dos financiamentos públicos eleitorais e as relações promíscuas que engendram. No sistema orçamentário, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso. No sistema tributário, a cultura da sonegação, estimulada pela voracidade fiscal e por esquemas quase formais de extorsão e composição. No sistema de segurança pública, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora”. (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (coord.). *Temas de direito constitucional*. t. II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 44)

⁴² “(...) consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; (...)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo...* cit., p. 142)

⁴³ “(...) se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado; (...)” (Idem, *ibidem*).

⁴⁴ “(...) admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo, desde que subscritos por número razoável de eleitores, acolhida no artigo 14, III, e regulada no artigo 61, § 2º; o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (cerca de 800.000 eleitores), distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles; (...)”. (Idem, p. 141)

⁴⁵ FRIEDRICH MÜLLER afirma que, a princípio, o artigo 14 da Constituição Federal de 1988 garante um passo importante para a legislação popular, através da previsão expressa do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Contudo, lido em conjunto com o artigo 49 e 6, ambos também da Constituição, tem-se que o plebiscito deve ser convocado e o referendo autorizado pelo Congresso Nacional (artigo 49, XV). Não obstante, a iniciativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados, que pode aceitar ou rejeitar o pedido (artigo 61, § 2º). Conclui assim que, ao final, todos estes mecanismos de participação popular encontram-se completamente nas mãos de uma elite política, o que demonstra que não são autônomos, que não pertencem à competência essencial do povo e que não formam nenhum contrapeso eficaz à legislação representativa-parlamentar. (MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 62)

Ainda assim, devem ser pensados novos modelos de inserção efetiva da sociedade no processo de tomada de decisão sobre os destinos do Estado, de modo a franquear maior potencial à cláusula da soberania popular, com o escopo de neutralizar os reflexos de uma crise que sobreleva os pontos fracos do sistema democrático. A intenção é conjugar os valores de igualdade e liberdade, ínsitos ao modelo democrático, com a articulação concreta do cidadão, para que este se torne mais um integrante na elaboração das políticas delineadas para o alcance dos objetivos já determinados na Carta constitucional, insertos em seu artigo 3.º.

Neste contexto, emergem das vozes doutrinárias propostas para o avanço e para a inserção de novos instrumentos de inclusão do povo, capazes de impulsionar o fomento de um maior potencial legitimador à democracia e de reduzir os déficits de uma democracia representativa de baixa intensidade.

Alinhavada à ideologia inclusiva, a democracia participativa desponta como um modelo democrático alternativo, que não pretende afastar as fórmulas da democracia representativa, mas tem como objetivo trazer à baila formas de rearticulação de espaços públicos de onde possam emergir novas fontes de autoridade a ser integrada ao modelo tradicional dos rumos democráticos. Portanto, a relação entre o modelo representativo e participativo da democracia é de complementariedade, com o reconhecimento pelos poderes estatais de que parte dos processos de deliberação pública pode ser substituída pelo procedimentalismo participativo⁴⁶.

Na reflexão de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, a democracia participativa pode ser vista como uma das formas para se reinventar a emancipação social. Assim, pondera que, paralelamente ao modo hegemônico de democracia liberal ou representativa, que não garante mais do que uma democracia de baixa intensidade, está a democracia participativa, a qual tem assumido, nos tempos atuais, uma nova dinâmica,

⁴⁶ No magistério de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS e LEONARDO AVRITZER, há duas formas de combinação entre democracia representativa e participativa: coexistência e complementariedade. A primeira, a democracia representativa em nível nacional coexiste com a participativa, em nível local. A segunda, por sua vez, implica em uma articulação mais profunda entre o modelo representativo e participativo, pois pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública, podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia. (SOUZA, Boaventura dos Santos; AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Reinventar a emancipação social para novos manifestos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 75-76)

protagonizada por comunidades e grupos sociais na luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania.

Nas palavras do autor:

“Trata-se de iniciativas locais, em contextos rurais ou urbanos, em diferentes partes do mundo, e que crescentemente vão desenvolvendo vínculos de interconhecimento e de interação com iniciativas paralelas, ensejando, assim a formação, por enquanto embrionária, de redes transnacionais de democracia participativa”⁴⁷.

Como primeiro passo para a revisitação do conceito clássico do modelo democrático, aduz JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS que se faz necessário perceber o processo de desterritorialização ou reterritorialização do espaço da democracia. De acordo com este fenômeno, a democracia passa a desbordar os limites geográficos do Estado, com o alcance do espaço supranacional e comunitário, forjando-se, neste último caso, um espaço local-participativo, o que resulta em uma transformação radical nas fórmulas das práticas cidadãs⁴⁸. Em consequência, o conceito de cidadania ganha novos contornos em seu conteúdo, ultrapassando um viés meramente político para ingressar em outros setores, como o social, este visto sob a perspectiva do trabalho, escola, consumo, afetos, relações jurídicas ou jurisdicionais⁴⁹.

DAVID DUARTE afirma que a técnica participativa funciona atualmente como um complemento da representação democrática, com vistas à compensação do déficit deste último modelo. E, complementa, o autor, que a participação concorre para a solução negociada dos conflitos:

⁴⁷ Idem, p. 32.

⁴⁸ Esta também é a conclusão de BOAVENTURA SOUZA SANTOS e LEONARDO AVRITZER: “Neste momento, queremos falar sobre as possíveis articulações transnacionais entre diferentes experiências locais de democracia participativa ou entre essas experiências locais e movimentos ou organizações transnacionais interessados na promoção da democracia participativa. A globalização contra-hegemônica passa, neste campo, por essas articulações. São elas que permitem criar o local contra-hegemônico, o local que é o outro lado do global contra-hegemônico. Essas articulações dão credibilidade e fortalecem as práticas locais pelo simples fato de as transformarem em elos de redes e movimentos mais amplos e com maior capacidade transformadora. Por outro lado, tais articulações tornam possível a aprendizagem recíproca e contínua, o que, em nosso entender, é um requisito essencial para o êxito das práticas democráticas animadas pela possibilidade da democracia de alta intensidade”. (Idem, p. 73-74)

⁴⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado e democracia: Onde está o povo? In: LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (coords.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conselho Editorial, 2006. p. 119-121.

“O princípio participativo (ou da democracia participativa) sustenta também a reformulação do agir público, incorporando, através dos mecanismos de participação, fórmulas de acção e de aproximação à decisão superadoras de natureza impositiva e exclusivamente unilateral das decisões públicas. A abertura pública aos dispersos interesses sociais e a sua canalização por via de técnicas de participação permitiu que, na procura dos consensos decisórios e na minimização das reacções negativas às decisões, se chegasse a meios de solução negociada dos conflitos”⁵⁰.

PAULO BONAVIDES eleva a democracia participativa como um único modelo capaz de dar efetividade à clausula constitucional do poder popular, que, na perspectiva do autor, tem sido alvo de um processo de distorção e falseamento⁵¹. A proposta é fazer transcender a noção obscura, abstrata e irreal do povo nos sistemas representativos, transcendendo, de igual modo, o conceito clássico de separação de poderes⁵². Lastreado na visão do autor, a teoria constitucional da democracia participativa identifica-se como uma teoria material da Constituição, cujos limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade devem combinar a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais, de um lado, e a autoridade da cidadania popular, de outro⁵³. Os reflexos desta teoria irão ensejar o nascimento de uma nova hermenêutica, em que o político e o jurídico entrelaçam-se na constitucionalidade expressa por meio de princípios, regras e valores.

Por este conteúdo normativo, os tribunais devem dar real concretude aos direitos fundamentais, pois é justamente o seu esvaziamento nos países subdesenvolvidos que obsta o regular funcionamento da democracia representativa⁵⁴. Acrescenta ainda o constitucionalista que, se as políticas de governo, ofensivas ao direito popular e à soberania, não forem tolhidas pela ordem judicial, “legitimam o

⁵⁰ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 112.

⁵¹ “Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral pública e apodrecem aquilo que, até agora, o *status quo* fez passar por democracia e representação”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa...* cit., p. 25-26)

⁵² Idem. p. 27.

⁵³ Idem. p. 25.

⁵⁴ Idem. p. 36-37. Ainda, segundo o autor: “Essa hermenêutica se funda toda em elementos valorativos, cuja supremacia nos faz chegar à democracia participativa; democracia da concretude e da realidade e não do sonho e da utopia; democracia do povo e não da representação; democracia das massas e não das elites; democracia da cidadania e não do súdito branco, o suposto cidadãos dos regimes representativos”. (Idem, p. 38)

direito de resistência, bem como a desobediência civil, como derradeiras instâncias de defesa do povo agredido”⁵⁵.

No contexto da democracia participativa, percebe-se que pode ser o próprio Poder Público o responsável pelo incentivo à cultura participativa, criando estruturas e instituições aptas a oferecer ao cidadão oportunidades que ultrapassam o espectro meramente representativo de poder.

No âmbito da participação popular, o discurso meramente tecnocrático deve ceder espaço ao gerenciamento inclusivo dos cidadãos, estes compreendidos não como meros destinatários de políticas públicas, mas sujeitos participantes da elaboração de programas governamentais, como condição prévia à sua implementação. Por intermédio da opinião popular retratam-se os dissensos, as pluralidades e as principais demandas que marcam uma sociedade, moldando a política distributiva de acordo com as principais aspirações advindas do seio da sociedade.

Neste novo momento político, a participação torna-se um valor em si mesmo e irradia sua influência a outros institutos, que anteriormente se restringiam ao código liberal individualista do sistema representativo. Nesta linha, a legitimidade do processo político decisório mantém-se condicionada ao processo deliberadamente participativo, tornando-o verdadeiro *locus* das reivindicações sociais.

Os vetores participativos deste novo momento político têm como um dos objetivos inverter o processo de despolitização da sociedade e de neutralização dos sistemas políticos. Assim, o aprisionamento do poder popular exclusivamente ao modelo clássico de escolhas de representantes impulsionou o descrédito da população quanto aos mecanismos que regem a democracia representativa, haja vista que esta, inegavelmente, não foi capaz de alterar o quadro dos graves problemas sociais e de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Impulsiona-se, deste modo, uma nova cidadania, em que o cidadão é tido como sujeito criador de direitos, partícipe do conteúdo decisório sobre as mais importantes deliberações dos destinos do país, e, ainda, torna-se sujeito fiscalizador da atuação estatal.

⁵⁵ Idem, p. 28.

Pode-se afirmar também que o aumento da participação social é diretamente proporcional à eficiência das decisões públicas. Esta eficiência se traduz no aspecto quantitativo, uma vez que, por meio do alargamento do diálogo com a população, aumenta-se o espectro das informações, proporcionando uma visão mais ampla sobre o conteúdo decisório. Fala-se ainda do aspecto qualitativo, impulsionado pela relação dialética entre aqueles que seriam abrangidos pela decisão, retratando de forma mais fidedigna as expectativas dos cidadãos⁵⁶. Neste caso, centraliza-se todo o conhecimento disponível na sociedade em benefício da *performance* da gestão pública.

Anunciando o novo paradigma que caracteriza o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo dispositivos que expressam os preceitos imbuídos dos valores participativos que devem reger as deliberações públicas. Nesta senda, o disposto no artigo 10, garante a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Em complemento, o artigo 194, VII, assegura o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa do sistema estatal de previdência social, garantindo a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, de empresários e dos aposentados. A participação popular também é exigida nas atividades ligadas à seguridade social, conforme previsto no *caput* deste artigo, e para os serviços públicos de assistência social (artigo 204, II). Por sua vez, o artigo 29, XII, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Mais adiante, o artigo 31, § 3º, estabelece que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, à disposição de qualquer contribuinte, o qual poderá questionar a legitimidade. O artigo 74, § 2º, estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

O artigo 89, VII, da Constituição Federal dispõe: “O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: seis cidadãos brasileiros natos (...)”. A política agrícola também deve ser planejada e executada com participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como os setores de comercialização (artigo 187).

⁵⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. Op. cit., p. 155.

As diretrizes do sistema de saúde (artigo 198, III, da CF) e da cultura (artigo 216, § 1º, da CF) também exigem a participação popular para o delineamento de seus programas. O artigo 205 da Constituição Federal estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, que é seguido pelo artigo 206, VI, da Constituição Federal que aduz que o serviço público de ensino contará com gestão democrática. Pelo artigo 216, § 1º, da Constituição Federal, o Poder Público deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro com a colaboração da comunidade. Por fim, a defesa e a preservação do meio ambiente são deveres conjuntos do Poder Público e da coletividade, segundo a dicção do artigo 225 e, nos termos do artigo 227, § 1º, ambos da Constituição Federal, deve-se observar a participação de entidades não governamentais em programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente⁵⁷.

Deve-se ainda dar ênfase ao § 3.º do artigo 37 da Constituição Federal, que impõe à legislação o dever de disciplinar a participação do usuário na Administração Pública. Neste dispositivo, são discriminadas três espécies de participação e de fiscalização popular: as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, o acesso dos usuários aos registros administrativos e às informações sobre atos do governo e, por fim, a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Destarte, o estudo sobre a participação social desborda os limites da teoria democrática para adentrar o campo da gestão e da administração pública, diante da relevância das experiências participativas para o desempenho administrativo.

Entre o repertório doutrinário acerca da participação popular nas deliberações advindas da Administração Pública, o destaque de MARIA SYLVIA DI PIETRO⁵⁸:

“(...) a participação popular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela

⁵⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 165.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 128-139, São Paulo, Editores Malheiros, 1993. p. 133.

aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”.

Atualmente, estudam-se formas de articulação sociopolítica com o fim de proporcionar as condições favoráveis para as interações entre os diversos atores sociais, promovendo um diálogo plural e aberto, imprescindível para lidar com a complexidade da sociedade atual. Além dos dispositivos constitucionais expressos que albergam hipóteses de participação social nos destinos do Estado, está autorizada em nosso ordenamento jurídico a institucionalização de novas formas de inclusão popular, segundo os valores que permeiam o constitucionalismo democrático. Neste sentido, mostra-se necessária a ampliação do *experimentalismo democrático*, expressão utilizada por BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS e LEONARDO AVRITZER. Isso porque, segundo os autores, a prática revela que as novas formas exitosas de participação popular, que concorreram para o fortalecimento da democracia participativa, foram adquiridas experimentalmente⁵⁹.

Entre os espaços já consolidados de participação na esfera da Administração Pública, destacam-se os conselhos setoriais de políticas públicas, os quais têm, entre os seus integrantes, membros da sociedade civil, que se revelam capazes de harmonizar os valores democráticos e a eficiência nos processos de produção de políticas públicas, por intermédio de funções consultivas e deliberativas⁶⁰. As audiências públicas e as consultas públicas também despontam como instrumentos efetivos para fortalecer o vínculo entre os representantes e representados. Quanto mais amplo e aberto o debate com a sociedade, maior a capacidade qualitativa dos representantes de exercerem seu *múnus* político, proferindo uma decisão coletiva e não meramente pessoal e subjetiva, assim como maior respaldo terão em suas ações por parte dos cidadãos.

Entre as experiências democráticas inovadoras destaca-se o orçamento participativo, que teve o seu início na cidade de Porto Alegre e já se expandiu para outras cidades do País. Pela institucionalização da conhecida “administração popular”,

⁵⁹ AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia...* cit., p. 77.

⁶⁰ Os Conselhos Deliberativos caracterizam-se por serem “órgãos colegiados, criados por lei ou mediante autorização legal, que contam, necessariamente com a participação de representantes da Administração e representantes da sociedade, com a missão de tomar decisões em assuntos cuja competência lhes tenha sido estendida”. (PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de participação popular na administração pública*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 1999.)

buscou-se, no final da década de 80, uma inovação no modelo de governar, centrado na preocupação de garantir a participação social na formulação e execução do orçamento municipal. Apesar do enfrentamento de tradicionais óbices para a participação plena de todos os cidadãos, forçoso reconhecer que o orçamento participativo mostrou-se como prática capaz de institucionalizar um modelo inclusivo de negociação popular sobre a política distributiva de bens públicos e tornar-se uma resistência contra as práticas elitistas que desvirtuam o curso do interesse público na democracia liberal⁶¹.

Sob a égide da nova ordem normativa inscrita nos preceitos democráticos insertos na Constituição Federal de 1988, o povo, por meio de novos instrumentos políticos que permitem a participação direta no processo de deliberação dos interesses públicos, deve ser dotado de potencial transformador da realidade social, alargando o diálogo e reproduzindo a pluralidade inerente ao contexto atual. Propõe-se, assim, que o sistema representativo seja permeado por mecanismos de participação popular, de maneira que estes passem a fazer parte da agenda política de todos os poderes estatais, culminando em novas formas de gestão compartilhada.

1.3 Processo e democracia

A proposta de reformular a organização política de um Estado por intermédio de valores extraídos da ideologia inerente à democracia participativa deve-se espalhar a todas as formas de exteriorização do poder. Cada função estatal, com esteio em suas particularidades, deve moldar seus atos da maneira mais eficaz a cumprir este desiderato e evitar que este novo paradigma de modelo de Estado proposto culmine em um discurso meramente retórico.

⁶¹ A respeito do orçamento participativo, o diagnóstico de LEONARDO AVRITZER: “No caso do OP, a inovação entendida como uma prática societária de negociar abertamente o acesso a bens públicos torna-se um desenho participativo institucionalizado. Tal desenho é capaz de substituir práticas das elites e o particularismo delas decorrente por formas ampliadas de discussão e tomada de decisão. Acrescentem-se a isso o fato de o OP oferecer uma resposta diferente ao problema de justiça. Ao invés de ceder ao conto da sereia da inevitabilidade do particularismo, o OP introduz regras que levam à sua limitação. E, não menos importante, o OP dá uma resposta original à questão do controle das instâncias de tomada de decisão pelos técnicos, um problema não resolvido pela concepção hegemônica da democracia”. (AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2002. p. 592-593)

O Poder Judiciário, como uma das funções do Estado, não pode ficar alheio aos reflexos oriundos dos novos ventos trazidos pelo contexto constitucional democrático. Os ideais da democracia participativa, que miram a ampla participação popular, também devem conformar a atuação jurisdicional, com o devido ajuste do procedimento, por meio do qual, ao final, será proferida a decisão.

O processo revela-se o instrumento da jurisdição⁶², portanto, em última análise, o instrumento por meio do qual o poder estatal é exercido. O seu *iter* define os passos a serem perfilhados para o alcance de uma decisão legítima, convergindo para colimar, juntamente com o Legislativo e o Executivo, os fins almejados pela sociedade contemporânea. Portanto, cabe à ciência processual o encargo de dar respostas satisfatórias às expectativas da sociedade, de modo a proporcionar um método hábil ao desempenho legítimo do poder jurisdicional.

A história nos revela que a disciplina processual foi diretamente influenciada pelo contexto político e social de cada época. Originalmente, o processo pautava-se em atos formais que externavam o agir arbitrário do governo autocrático, absoluto e ditatorial. Posteriormente, sob os auspícios do Estado Liberal, o processo foi elevado à categoria de garantia constitucional, com o objetivo de resguardar a esfera individual do cidadão, afastando o arbítrio do Estado e do particular.

No Estado Democrático de Direito, o processo, para além de uma garantia constitucional, passa a ser visto como um instrumento político de participação dos cidadãos. Por este novo paradigma, os indivíduos tornam-se autorizados a exigir o cumprimento dos objetivos políticos com fulcro na realização de direitos inscritos no ordenamento jurídico⁶³.

Conclui-se, assim, que o instrumento pelo qual se legitima o uso do poder é diretamente influenciado pela ideologia estatal de cada momento histórico. Os mesmos

⁶² Sobre as diversas concepções de jurisdição: “(...) a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147)

⁶³ PASSOS, Jose Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 94.

valores que delineiam o agir dos demais poderes também são sentidos na jurisdição, que reproduz, por meio de seu instrumento, as “ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégicos do poder reinante em determinada sociedade”⁶⁴. Não é por outra razão que o direito processual é compreendido como um fenômeno cultural, produto exclusivo do homem⁶⁵.

Colhe-se na doutrina o entendimento de que o processo civil também pode ser compreendido como uma estratégia de imposição de poder. Determinados grupos políticos, por meio da conformação de leis processuais, podem exercer o poder expresso por meio da jurisdição de acordo com os seus interesses, impedindo ou obstando, em contrapartida, decisões concretas de interesses de outros grupos políticos⁶⁶.

Como um instrumento de imposição do poder estatal, espera-se do processo mais do que um método racional e lógico para servir de meio capaz de veicular uma norma de direito substancial. Se o processo é um produto cultural e social, que reflete a ideologia cultivada em determinado momento histórico, a neutralidade ínsita ao formalismo dogmático não pode ser aceita como um vetor que orienta a ciência processual no Estado democrático e social. Ao contrário, atribui-se ao processo um caráter ético, expresso por meio das opções ideológicas eleitas pela sociedade, que se encontram declaradas nas regras e princípios do direito substancial⁶⁷.

Mas o que se espera do processo? Quais os escopos que a jurisdição, enquanto poder, deseja alcançar? Qual a interferência do processo no exercício deste poder?

No contexto atual, os escopos do processo desbordam as fórmulas exclusivamente jurídicas. Atentando às lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é possível aferir que os propósitos norteadores do processo ultrapassam a mera relação de instrumentalidade para a concretização e efetivação do direito material e passam a ter como alvo também o aspecto social e político.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20%20formatado.pdf>> Acesso em: 22 de outubro de 2012.

⁶⁵ “O processo não se encontra *in res natura*, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 71)

⁶⁶ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 71-76.

⁶⁷ BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo*: Influência do direito material sobre o processo efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-28.

A eliminação da insatisfação é uma das facetas dos escopos sociais do processo. Com o provimento jurisdicional, ilide-se o estado anímico inserto na lide, pois, ao final, haverá uma decisão definitiva sobre o conflito de interesses, que será imunizada pela coisa julgada. Findo o *iter* processual, sedimenta-se, definitivamente, determinado conflito de interesses, proporcionando, enfim, a paz social. Ainda sobre o escopo social, denota-se que o processo também promove a consciência dos membros da sociedade quanto ao respeito dos direitos e obrigações, garantindo, em última análise, a educação dos cidadãos por meio do adequado exercício da jurisdição⁶⁸.

Extraí-se ainda, da doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,⁶⁹ o escopo político do processo. Essa concepção passa pela visão dos atos processuais como instrumento para o exercício do poder do Estado e acaba por aproximar a jurisdição das funções executivas e legislativas, descortinando uma estreita imbricação entre o sistema processual e a política. A capacidade de decidir imperativamente é o que garante esta natureza política ao processo. Os atos processuais promovem o exercício organizado do poder estatal, franqueando-lhe a legitimidade necessária e esperada no Estado Democrático de Direito. Deste modo, o Estado reafirma a sua condição de responsável pela organização da vida social e, ainda, reforça a autoridade das normas que compõem o ordenamento jurídico. Mas, como adverte CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o exercício deste poder deve deferência aos valores de liberdade e participação. O primeiro limita os contornos do poder estatal, de modo a afastar qualquer invasão indevida na esfera de liberdade do cidadão. O autor também ressalta que a participação é um dos aspectos que outorga potencial ao processo de influir politicamente⁷⁰.

O direito processual deve assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política, pois o valor democrático não se restringe apenas à via política do voto ou a ocupação eletiva dos cargos públicos⁷¹. Na lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões”. E

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188-193.

⁶⁹ Idem, p. 198-207.

⁷⁰ Idem, p. 198-199.

⁷¹ Idem, p. 198-202.

complementa: “Conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar a democracia”⁷².

Como outrora demonstrado, o Estado Democrático de Direito sustenta-se, entre outros princípios, sobre o ideal da participação social nas deliberações sobre os destinos do Estado. A racionalidade democrática representa o aumento quantitativo e qualitativo de participação do cidadão na construção da decisão sobre os destinos do Estado e da sociedade.

A cláusula democrática de que todo poder emana do povo, de onde se extrai os valores da democracia participativa, irradia seus efeitos para abranger a função jurisdicional⁷³. Dotada de força normativa, a referida cláusula impõe o dever de democratizar o Poder Judiciário, por meio do aspecto político do processo que se revela na ampla participação popular.

Na linha do escólio de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a democratização da justiça tem duas vertentes. A primeira delas diz respeito à constituição interna do processo e inclui as seguintes orientações: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do acesso à justiça⁷⁴.

Assim, o passo inicial para a efetiva participação na esfera jurisdicional inicia-se com a eliminação dos óbices existentes para o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. De nada adianta mencionar a democratização do procedimento se parte da população não tem sequer acesso aos meios jurisdicionais eficazes de exigibilidade de seus direitos. A reforma estrutural que se exige dos demais poderes com o escopo de democratizar a própria democracia também deve ser sentida no âmbito da jurisdição, permitindo a ampla abertura a todos os cidadãos ao Poder Judiciário, em especial para as classes menos favorecidas. A solução neste caso parecer estar na plena efetividade do

⁷² Idem, p. 201-202.

⁷³ MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 176.

⁷⁴ SOUZA, Boaventura dos Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 154.

direito à assistência jurídica integral e gratuita, insculpida no artigo 5.º, LXXIV, da Constituição Federal⁷⁵.

Sob outro prisma, perfilhar os preceitos do pluralismo participativo na jurisdição também representa a participação da própria comunidade na administração da justiça. O autor, KAZUO WATANABE, ressalta a importância social da participação dos cidadãos comuns no desempenho da função de conciliador e juiz leigo perante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Os benefícios da participação popular na administração da justiça são expostos pelo autor:

“A par das vantagens mais evidentes, que são a maior celeridade e maior aderência da Justiça à realidade social, a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da Justiça e principalmente o do sentido pedagógico da administração da justiça, propiciando o espírito de colaboração”⁷⁶.

Os equivalentes jurisdicionais, a exemplo da arbitragem, mediação e conciliação, tornam-se canais legítimos de distribuição de justiça e de pacificação social, seguindo, na visão de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, os ideais da democracia participativa⁷⁷.

Não obstante, a técnica processual também pode refletir meios que permitam a interferência popular nos destinos do Estado. As ações de controle de constitucionalidade e as ações coletivas representam a potência do direito processual em cumprir com o compromisso de pluralização dos centros de poder, pois o cidadão passa a ser dotado de mecanismos transformadores da realidade social, promovendo a dispersão de seus efeitos da decisão para que sejam sentidos por toda a sociedade. A ampliação da legitimidade *ad causam* ao público e aos seus entes representativos, como ocorre na ação popular e na ação civil pública, faz do processo civil verdadeiro instrumento a serviço da democracia participativa⁷⁸.

⁷⁵ Este direito constitucional no Brasil ainda é flagrantemente descumprido, uma vez que os órgãos responsáveis pela prestação deste serviço à população hipossuficiente, as Defensorias Públicas, não estão devidamente estruturados em todos os Estados do País.

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 133.

⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2011. p. 387-401.

⁷⁸ MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil...* cit., p. 187-188.

Neste passo, preconizado na ideologia que permeia o momento histórico atual, o processo jurisdicional deve se alinhar ao compromisso democrático inscrito na Carta Constitucional em vigor, regendo seus atos de acordo com os vetores participativos que devem contaminar todos os centros de irradiação de poder estatal. O seu procedimento deve estar a serviço dos preceitos democráticos e, portanto, aberto à cláusula democrática de que todo poder emana do povo.

Partindo desta análise, há quem afirme que a concepção do processo rompe com o conceito restrito aos limites de uma mera relação jurídica e traduz-se como uma expressão relevante para a democracia, tornando-se verdadeiro *locus* para sedimentar os axiomas que delineiam a democracia participativa e a cidadania inclusiva:

“O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional; atua como instrumento da jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de *participação no poder*. É um contributo para democratizar a democracia por meio da participação. Enfim, um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania”⁷⁹.

A garantia constitucional do contraditório é o espectro mais amplo do conceito de participação do cidadão no processo jurisdicional. A oportunidade de abertura para o diálogo com os litigantes nada mais é do que a genuína expressão da democracia, ajustada ao direito processual. Assim, a cláusula do contraditório, compreendida como oportunidade de as partes poderem intervir no procedimento deliberativo e judicial, cuida-se da realização concreta das opções políticas eleitas pelo modelo adotado na Constituição brasileira⁸⁰.

Esta garantia constitucional, enquanto valor cultural, também sofreu larga influência irradiada dos preceitos constitucionais em vigor. Neste sentido, sob a ótica do Estado Liberal, o contraditório e as demais garantias advindas do devido processo legal foram compreendidos sob a ideologia individualista, que se caracterizava pela

⁷⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conselho Editorial, 2011. p. 467.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

sobreposição do interesse individual sobre o social. Diversamente, no Estado constitucional de direitos fundamentais, observa-se o fenômeno da socialização das garantias, que não mais subjazem sob o apanágio da visão individual, mas sim sob o prisma publicista. Em conclusão, deixam de ser uma posição de vantagem das partes e tornam-se garantias da própria jurisdição, visando ao resguardo do justo processo⁸¹.

Neste esteio, o delineamento desta garantia no contexto ideológico do Estado Democrático de Direito deve estreita observância aos direitos fundamentais e aos fins e objetivos de uma sociedade multicultural. Em outras palavras, a garantia do contraditório deve ganhar largos contornos, com o intuito de valorizar o amplo diálogo processual e reproduzir os dissensos de uma sociedade plural.

Para adquirir o delineamento almejado pelo Estado Democrático de Direito, o conteúdo do contraditório não pode se esgotar na ciência bilateral dos atos do processo ou mesmo na mera possibilidade de contraditá-los. A dinâmica participativa deve influir na moldura de todos os provimentos judiciais, de modo a permitir que as partes conheçam as razões e as argumentações expendidas pela outra parte, os motivos e os fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, assim como se deve outorgar a oportunidade de efetiva participação na indicação e formação das provas⁸².

Para alcançar os desafios propostos à cláusula do contraditório, o órgão julgador não pode ser apenas um espectador dos atos processuais. Ao contrário, deve participar ativamente do processo, agindo para que as providências necessárias sejam postas em prática, de modo a garantir a plenitude da participação de todos aqueles a quem se destinam os efeitos da sentença⁸³. Deste ponto de vista, pode-se afirmar que o contraditório reflete um dever a ser cumprido pelo Estado⁸⁴.

E este comportamento ativista do órgão julgador de resguardar a garantia do contraditório não se restringe aos meios de inclusão participativa dos litigantes. Está

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Universitária Forense, 1989. p. 1-3.

⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório...* cit.

⁸³ “O contraditório não é apenas “a participação dos sujeitos do processo”. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 120)

⁸⁴ Idem, p. 126.

também inserta no conteúdo democratizante da cláusula do contraditório a simetria de participação dos jurisdicionados. A ideologia política atual não mais aceita a igualdade meramente formal da cultura disseminada no Estado Liberal, mas trilha os caminhos dos valores do Estado Social, que concorrem em exigir a igualdade substancial⁸⁵.

Lastreado no modelo atual, o axioma de que todos são *iguais perante a lei* ganha uma dimensão dinâmica, desvencilhada da concepção de mera ficção jurídica e torna-se um dever do Estado para suprir as desigualdades⁸⁶. Desta maneira, somente se alcança a plenitude e a efetividade do contraditório se houver uma distribuição igualitária de forças entre as partes para que estas possam demonstrar as suas razões.

O juízo decisório deve ser o resultado de uma adequada distribuição dos poderes, deveres, ônus e faculdades das partes e do juiz. A paridade de armas representa a faceta da igualdade processual real. Esta garantia incide sob a cláusula do contraditório, promovendo-o ao fenômeno da contraposição dialética paritária e transformando o processo jurisdicional numa estrutura de cooperação entre as partes e o órgão julgador⁸⁷, todos intencionados à busca de uma decisão justa.

Deste modo, a revisitação do contraditório pelo prisma da democracia participativa passa a ser fator condicionante de legitimidade do poder da jurisdição e também integra o conceito de dignidade da pessoa humana. O processo somente culmina o seu objetivo quando permite às partes atuarem ativamente, como sujeitos de direito e não meros objetos da decisão judicial, fiscalizando a atividade do órgão julgador e tendo a oportunidade de se manifestar de modo crítico e construtivo para a deliberação judicial final⁸⁸.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993. p. 162.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual...* cit. p. 6.

⁸⁷ Idem, p. 7.

⁸⁸ “A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil...* cit., p. 167)

Malgrado a importância destacável do contraditório, a participação, enquanto essência da democracia, não tem o seu significado exaurido nesta garantia. Nas linhas da doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI, é possível desvelar o conceito elástico de participação no processo jurisdicional como requisito para a legitimação da jurisdição enquanto fonte de poder estatal. Segundo o autor, o significado de participação é mais amplo do que o conceito do contraditório. Participar ultrapassa o direito de influir sobre o convencimento do juiz, pois também abrange o direito de publicidade e o direito de fundamentação dos atos processuais. Estas duas garantias cuidam-se de meios para que as partes possam fiscalizar a atuação do órgão julgador, ilidindo, ao final, atos arbitrários. Conclui, LUIZ GUILHERME MARINONI, que a fórmula para legitimar as decisões proferidas no processo devem unir contraditório, publicidade e fundamentação. Somente com a observância obrigatória destes ingredientes é que a participação, extraída dos valores democráticos, torna-se elemento para franquear legitimidade às decisões judiciais⁸⁹.

Cumprir os desideratos da democracia participativa também exige a elaboração de novas experiências de participação no processo, assim como ocorre nas demais instâncias de poder. O vetor inclusivo extraído da democracia participativa deve impulsionar outras formas de participação popular no processo, com o reflexo desta ideologia irradiado às leis processuais e à interpretação do ordenamento que rege o direito processual.

A cláusula constitucional do contraditório, por se revestir de roupagem normativa de princípio jurídico, alberga novos mecanismos participativos que incitam ao adensamento da estrutura dialética do processo. O resultado transparece no alargamento do quadro de análise para julgamento, ilidindo conceitos preconcebidos e favorecendo a formação de uma decisão mais plural e ponderada.

Deve-se reconhecer que o procedimento em contraditório, por si só, não garante a justiça do conteúdo substancial das normas constitucionais. O contraditório pleno corresponde à parte do espectro da legitimidade das decisões jurisdicionais. Mesmo com a outorga do devido valor ao contraditório, é possível identificar, em um determinado caso concreto, uma decisão injusta, em razão de o órgão julgador ter franqueado errônea interpretação das normas substanciais em vigor. Desta maneira,

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2007. p. 419.

forçoso ponderar que a legitimidade do Poder Judiciário também está na aferição do correto significado atribuído aos valores constitucionais. Portanto, como bem ponderado por LUIZ GUILHERME MARINONI, não basta qualquer decisão, mas é preciso que “ela se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer”⁹⁰.

De todo modo, quanto mais denso o diálogo processual, mais elementos fáticos e jurídicos o órgão julgador terá à sua disposição para colimar uma decisão justa. E, assim, a verdadeira democracia jurisdicional revelar-se na imbricação entre o procedimento em contraditório e o conteúdo substancial da decisão judicial proferida que outorgue o devido valor aos direitos fundamentais. Tais critérios não se repelem, mas ao contrário, se complementam para conformar a legitimidade jurisdicional perfilhada pelos valores democráticos.

1.4 Conclusões parciais

A democracia, para tornar-se plena, pressupõe o respeito aos direitos fundamentais. Pautado em uma leitura ética da normativa que conforma a Constituição Federal brasileira, por direitos fundamentais compreendem-se os direitos de liberdade e os direitos sociais. Tem-se assim que a participação política efetiva está condicionada à observância de todos os direitos que integram a dignidade da pessoa humana e, sob este prisma, tais direitos devem ser compreendidos como indivisíveis e interdependentes. Portanto, todos eles concorrem, com o mesmo grau de importância, para o cumprimento dos ideais democráticos.

A despeito dos novos vetores axiológicos trazidos com a institucionalização do Estado Democrático de Direito, identifica-se um discurso ideológico propagado pelos poderes estatais de que a plena efetividade dos direitos sociais demandaria uma atuação prestacional, o que representaria custos ao erário público, que nem sempre pode o Estado suportar. Diversamente, os direitos de liberdade representariam um ato de mera abstenção estatal e, diante da ausência de custos, a sua plena observância estaria justificada.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil...* cit., p. 457.

No entanto, demonstrou-se que tanto os direitos de liberdade, como os direitos sociais demandam custos por parte do Estado. O exemplo mais enfático é a defesa do direito de propriedade, este compreendido dentro do espectro dos direitos de defesa ou de liberdade. Em muitos casos, a persecução deste direito torna-se mais onerosa aos cofres públicos do que o cumprimento do direito à moradia ou do direito à educação.

Revela-se assim um discurso ainda pautado sob os resquícios do Estado Liberal, que erigia o direito como um verdadeiro escudo apto apenas a defender a liberdade e a individualidade do cidadão contra os desmandos do particular e, principalmente, do Estado.

Ao lado da imprescindibilidade do respeito aos direitos fundamentais em sua integralidade, está a preocupação com o procedimento que culmina nas decisões sobre os destinos políticos do Estado. Em todas as esferas de poder é necessário integrar o cidadão para que este atue como sujeito de direitos e não como mero objeto das políticas governamentais. Sob estes valores, emerge a democracia participativa, que, ponderada com o modelo representativo, franqueia o devido valor à cláusula democrática de que todo *poder emana do povo*.

A jurisdição, como fonte de poder estatal, também deve sentir os influxos deste modelo participativo de democracia. Deste modo, o instrumento para o exercício do poder jurisdicional, qual seja, o processo, deve perfilhar os trilhos dos axiomas de uma democracia preconizada sob uma ampla participação social, de modo a proporcionar aos jurisdicionados reais oportunidades para influir e fiscalizar a atuação do Estado-juiz.

A consequência é a abertura do procedimento jurisdicional para um amplo diálogo, forçando, por fim, o redimensionamento das formas tradicionais de participação processual e a elaboração de oportunidades inovadoras para a inclusão social.

CAPÍTULO 2

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Constitucional de Direito

O debate sobre os conceitos, as premissas, os limites e os instrumentos processuais que envolvem a temática sobre o controle jurisdicional de políticas públicas exige uma análise preliminar a respeito do desenvolvimento do modelo do Estado Liberal até o estágio atual e, ainda, uma abordagem sobre a evolução da função social e política exercida pelo Poder Judiciário.

Isso porque a política pública é um fenômeno recente, fruto de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade⁹¹, quando ao Estado foi facultada a intervenção direta no comportamento político e social, com vistas à persecução do interesse público.

Do mesmo modo, a natureza e os limites da atividade jurisdicional são condicionados pela ideologia perfilhada em cada período da história, partindo-se de uma atuação limitada à racionalidade mecânica e circunscrita à letra do Direito posto até o modelo contemporâneo, que subjaz na busca da eticidade inserta em normas escritas por meio de valores e finalidades.

O esboço histórico inicia-se com o modelo político e jurídico vigente no Estado Liberal. Os valores consagrados pela ética do Estado burguês primavam pela proteção do indivíduo contra os desmandos advindos da ingerência do Poder Público visando a infirmar o poder autocrático que caracterizava o Estado absolutista.

O espectro da atuação das instituições sociais e estatais estava condicionado ao respeito da liberdade, com vistas à promoção da maior vantagem individual do cidadão. Em razão disso, a atividade governamental não era regida por uma orientação finalística

⁹¹ DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

e não estava comprometida com a proteção de fins sociais, mas, ao contrário, mantinha uma atuação mínima de modo a observar estritamente a liberdade do indivíduo.

A atividade jurisdicional seguia esta mesma linha. O Poder Judiciário julgava apenas conflitos entre sujeitos individuais⁹², restringindo a sua esfera de atuação à função corretiva, por meio do reconhecimento da violação a direitos individuais dos jurisdicionados⁹³ e ao retorno ao *status quo*. A igualdade formal e a segurança jurídica serviam de vetores que direcionavam a atividade julgadora.

Com o escopo de abandonar os resquícios do antigo regime, o Poder Legislativo passa a ser o ator protagonista do Estado Liberal, tomando as rédeas do controle da ação do Estado. Para o cumprimento dos intentos liberais, a submissão irrestrita à lei era instrumento valioso de controle político e social, pois garantia a curvatura dos Poderes Executivo e Judiciário às determinações de interesse do Poder Legislativo⁹⁴.

Festejava-se a obediência ao princípio da legalidade estrita, este entendido como a emanção de um poder objetivado, livre da vontade instável da autoridade⁹⁵ e protetora da tutela das liberdades dos indivíduos.

Coerente com os ideais iluministas, surge o fenômeno da codificação das leis⁹⁶, que tinha como alvo a sistematização racional do Direito, contemplado em uma só fonte legislativa. O fenômeno da codificação visava a extirpar as possíveis incertezas e os privilégios do ordenamento jurídico e ainda trazia consigo a ilusão de que seus dispositivos contemplavam em seu corpo todas as respostas para a solução dos conflitos jurídicos⁹⁷.

O campo da hermenêutica era marcado pelo dogma do positivismo jurídico estrito, ilidindo qualquer possibilidade de abertura à inserção de elementos valorativos

⁹² SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 178.

⁹³ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4.

⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 2003. p. 114.

⁹⁶ O Código mais representativo do Estado Liberal é o Código Civil francês de 1804, destacando-se pelo seu rigor técnico e pela precisão normativa. Elaborado no regime napoleônico, o seu objetivo era afastar as premissas do Antigo Regime, mormente às incertezas, privilégios e ausência de racionalidade.

⁹⁷ NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005. p. 36-39.

na descoberta do conteúdo da norma jurídica. Fiel às características do modelo da dogmática jurídica, exige-se neste momento uma rígida separação entre o Direito, Política e Economia⁹⁸. O escopo era garantir a neutralidade técnica da lei, inviabilizando qualquer imbricação entre o Direito e os reflexos sociais e políticos produzidos perante a sociedade⁹⁹.

O modelo de interpretação jurídica do Estado Liberal pairava sobre teorias dedutivas e monológicas, que preconizavam um método científico para a extração do correto significado da legislação, baseadas na racionalidade de um processo mecânico, com o intento de garantir a separação entre a criação e a aplicação do Direito¹⁰⁰.

O ato de revelar o correto sentido da lei aproximava-se de uma expressão matemática, como um sistema fechado em si mesmo e de resultado exato e preciso. A exegese do texto legal era colimada por um método lógico-formal, do qual o magistrado não poderia se desviar: o raciocínio do juiz deveria partir da premissa maior, ou seja, da regra do Direito, com a aplicação mecânica da norma a uma premissa menor, esta compreendida como a constatação do preenchimento das condições fáticas previstas na regra.

Ao final, a sentença era fruto do silogismo da conclusão¹⁰¹, a qual expressava o único e verdadeiro sentido da norma, que, segundo o pensamento liberal, nada mais era do que a expressão da soberania popular, ou seja, a real vontade do povo.

⁹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça: ensaio sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídicas*. São Paulo: RT, 1995. p. 129.

⁹⁹ “Em síntese, o positivismo torna a ciência jurídica uma ciência unidisciplinar, fechada em si mesma, admiradora exclusivamente de sua própria imagem”. (TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 149)

¹⁰⁰ “A partir do momento em que o Estado Nacional arroga para si o monopólio na edição de normas jurídicas e delega a um poder específico a atividade jurisdicional, está preenchido o requisito essencial para que se fale em racionalidade formal no Direito: a separação entre a criação e aplicação da lei”. (PONTES, Kassius Diniz da Silva. Lógica e hermenêutica do direito à luz do modelo tópico-retórico: história e implicações. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chäim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002. p. 22-23)

¹⁰¹ CORTES, Osmar Mendes Paixão. O pensamento jurídico-filosófico de Chäim Perelman. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chäim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002. p. 157.

Diante das amarras defendidas pela doutrina liberal predominante até o século XIX, o Poder Judiciário mantinha-se refém das decisões proferidas pelo Poder Legislativo, concretizadas através da legislação formal. Assim, a atuação da atividade jurisdicional limitava-se ao cumprimento das opções estatais expressas no arcabouço legislativo, por intermédio do processo mecânico, padronizado e impessoal de subsunção da norma ao fato, reduzindo, ao final, o papel do intérprete a mero revelador do conteúdo predeterminado na lei, sem qualquer espaço para o exercício da atividade interpretativa.

A partir do final do século XIX, a estabilidade econômica, social e política foi abalada por uma avalanche de transformações. O marco deste momento histórico foi a denominada Revolução Industrial, que, impulsionada pela expansão tecnológica, desencadeou o processo de urbanização das cidades, a massificação do consumo e a globalização das informações.

Todos estes processos de transformações resultaram em graves diferenças sociais, as quais, por sua vez, fomentaram a insatisfação das classes populares, que não mais suportavam pagar sozinhas as contas do desenvolvimento econômico.

Ao mesmo tempo, no campo legal, a irracionalidade da lei levava a seu desprestígio e despertava a descrença de que a sua mera observância formal ensejaria a justiça social esperada pela nova classe de proletariados, que vivia na pobreza e na miséria, resultado da ausência da intervenção estatal na regulamentação sócio-econômica. Tal contexto social denunciava o fracasso do liberalismo em promover o bem-comum de toda a sociedade.

No início do século XX, a ideia de Estado de Direito como mero Estado Legal, sem qualquer preocupação com os direitos e garantias mínimas aos indivíduos, começa a ruir. Em contrapartida, como resultado do embate entre liberalismo e socialismo, os direitos sociais ganharam destaque, consolidando o que se denominou de Estado Social, marcado por uma postura mais ativa e interventiva do Poder Público na promoção dos fins sociais.

A crise do Estado Legal desencadeou também a crise do Parlamento, que, por sua vez, foi acompanhada pelo fortalecimento do Poder Executivo, alterando-se assim o pólo de centralização do poder. Isso ocorreu principalmente em razão do fomento da

função normativa pelo Poder Executivo, fenômeno corroborado pelo controle deste Poder nas maiorias parlamentares.

Deste modo, a lei deixava de ser a expressão da vontade geral para se tornar a positivação da orientação política ditada pelos interesses da Administração Pública¹⁰². Neste contexto, o Poder Executivo, fiel ao legalismo, direcionava os rumos políticos e sociais, segundo as intenções que lhe interessava.

Com as revoluções e mudanças que ocorriam pelo mundo, as relações sociais tornaram-se mais complexas e diversificadas, originando uma explosão de conflitos de interesses jamais previstos no modelo jurídico liberal. Estes conflitos sociológicos eram traduzidos em litígios judiciais e passaram a desaguar no Poder Judiciário, exigindo respostas normativas à altura das controvérsias postas em juízo.

Sob o pálio desta nova ordem, a exegese formalista que se sustentava na concepção da sentença como silogismo mostrou-se insuficiente como método interpretativo para a regulamentação da dinâmica da sociedade moderna¹⁰³. O panorama político e social exigiu novos contornos aos métodos de interpretação, pois o mito da completude sistêmica do ordenamento jurídico já não mais se sustentava. O legalismo estrito ensejava formalismos excessivos e aprisionava os valores e o espírito dos textos normativos aos limites estreitos da letra da lei, culminando na equiparação do Direito com a legislação em seu sentido formal.

Destarte, a teoria dedutiva de interpretação da norma jurídica foi posta em xeque e, com ela, a premissa de que era possível extrair um único sentido preciso para a norma. Seus críticos reconheciam que os critérios de interpretação desta teoria poderiam estar formalmente corretos do ponto de vista procedimental e lógico, contudo, a despreocupação quanto ao conteúdo material não impedia que o intérprete partisse de

¹⁰² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...* cit., p. 145-146. No mesmo sentido: “O detentor do poder político impõe seu “programa” (sua vontade, suas opções, não necessariamente a dos eleitores), tomando decisões *a priori*, alterando após as leis para adequá-las aos seus objetivos pessoais, de seu grupo político, pragmáticos e, se possíveis, gerais. As leis tornam-se caudalosas, freqüentes; agora não mais advêm de uma assembléia legislativa, mas do “governo”, mera junção do Executivo com sua maioria parlamentar (não se governa sem a lei)”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p. 66-67)

¹⁰³ “O crescimento das desigualdades e a fraude generalizada e massificada da boa-fé, a incapacidade de conhecer todo o necessário ao julgamento correto e, principalmente, o fato de que cada indivíduo é um feixe de relações sociais que o precedem e constituem em grande parte, tornaram o modelo inaceitável e incapaz de promover o seu ideal. Daí a perda de legitimidade do regime privatista e civilista como fundamento da justiça social”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP, n. 21, p. 25, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1994).

falsas premissas, o que iria culminar em um resultado lógico e procedimentalmente correto, mas materialmente injusto¹⁰⁴.

O período pós Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas, foi dedicado à aproximação dos referenciais éticos que o Estado Liberal havia se distanciado, assumindo inúmeros Estados o compromisso com a proteção dos direitos inerentes à dignidade humana, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

No campo da hermenêutica, as teorias deixaram-se permear pelos valores axiológicos insertos no conteúdo ético destes reconhecidos como novos direitos, e, em vez de um modelo único, sobreveio uma gama de métodos de interpretação, caracterizados por propostas discursivas, pluralistas e democráticas¹⁰⁵.

Mas a alteração do paradigma hermenêutico veio com as Constituições modernas, as quais proporcionaram uma verdadeira revolução da cultura jurídica e política, culminando na instituição do Estado democrático e constitucional de Direito. Estas Cartas constitucionais trouxeram em seus corpos jurídicos valores e opções políticas inscritas por meio de normas deônticas e vinculantes, que consolidaram um consenso mínimo oponível contra a ditadura das majorias, portanto, intocável pelo processo político, por serem valores indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais e à democracia. Assim, o constitucionalismo democrático promoveu a conciliação entre a democracia formal e substancial¹⁰⁶.

Ao lado dos direitos sociais, o Estado Democrático também consolida os direitos relativos à solidariedade e à comunidade, agregando os elementos participativos

¹⁰⁴ Segundo MANUEL ATIENZA, no campo da argumentação jurídica, a lógica formal ou dedutiva se ocupa dos argumentos do ponto de vista de sua correção formal e não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo, o que é relevante quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática). Portanto, a partir de premissas falsas pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico, e, ao contrário, é possível que um argumento seja incorreto do ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras. (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 23-29)

¹⁰⁵ “Deixa de existir nessa via um método jurídico específico para conhecer e efetivar o direito e passa a existir uma gama de métodos, fazendo emergir a noção de que a realização do direito não ocorre em modelos fechados, mas de forma plural, no embate entre o cruzamento de várias opiniões e pontos de vista”. (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A teoria da tópica jurídica em Theodor Viegweg. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chäim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002. p. 70)

¹⁰⁶ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: *Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 28.

e discursivos¹⁰⁷, incluindo-os como parte de uma quarta dimensão de direitos fundamentais¹⁰⁸.

As normas constitucionais originadas deste modelo de Estado, diferentemente do modelo anterior, agregam finalidades sociais às ações governamentais, vinculando o poder estatal às ações efetivas para atingir os desideratos normativos inscritos por intermédio de regras e princípios, estes últimos caracterizados por meio de uma maior fluidez e vaguesa normativa, com a prescrição dos fins a serem perseguidos, sem, contudo, mencionar os meios para atingi-los.

Assim, a dogmática jurídica clássica e suas premissas perderam espaço. A certeza absoluta do sentido único da norma dá lugar à aceitação de várias interpretações plausíveis, que são identificadas após o estabelecimento de raciocínios dialéticos e argumentativos.

As novas teorias hermenêuticas, retificando o equívoco da teoria tradicional, começaram a se preocupar em descortinar o verdadeiro conteúdo da norma jurídica, com arrimo em um novo sistema ético de referência que paira sobre todo o ordenamento jurídico. E, a pluralidade característica da normatividade das Constituições democráticas exigirá do intérprete técnicas próprias que definam os contornos da norma jurídica, preservando a unidade da Constituição¹⁰⁹. Deste momento em diante, a compreensão da lei não pode se divorciar dos preceitos constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, pois estes passaram a ser os vetores axiológicos da interpretação infraconstitucional.

Deste modo, a dimensão e o espectro das normas insertas nestas Constituições democráticas vão ao encontro da nova compreensão da atividade do intérprete. A superioridade hierárquica, a natureza da linguagem expressa por normas de maior densidade e maior grau de abstração e o caráter político das normas constitucionais¹¹⁰, mormente pela menção expressa quanto às garantias e direitos fundamentais, concorreram para a consolidação do perfil dialético e criativo do processo exegético constitucional.

¹⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes...* cit., p. 6.

¹⁰⁸ Sobre o tema: BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-61.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11.

¹¹⁰ Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009

Sem abandonar a racionalidade que deve permear o processo intelectual de interpretação da norma constitucional¹¹¹, aceitou-se a ideia de que o exercício do processo hermenêutico poderia ser criativo do direito¹¹² e não mero revelador de uma resposta única.

Por meio de um modelo retórico-argumentativo, a nova hermenêutica parte da premissa de que o Direito lida com a verdade construída por intermédio do diálogo e é legitimada após um processo de justificação, e, sendo assim, não é meramente extraída por um procedimento científico¹¹³ e pautada na dimensão gramatical do texto de lei.

Neste esteio, o próprio conceito do princípio da legalidade ganha novos contornos, distanciando-se dos traços da concepção clássica do legalismo estrito.

Por este novo paradigma, não basta apenas a observância pela Administração Pública da lei em sentido formal, mas do respeito aos preceitos que abarcam toda sistemática valorativa das normas insertas na Constituição Federal¹¹⁴. Para além da legalidade formal, exige-se também o enquadramento dos atos administrativos nos padrões éticos de conduta estatal, nos exatos termos dos princípios da moralidade e lealdade administrativa, expressos na Constituição Federal.

¹¹¹ Como bem esclarece TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, para a correta aplicação da norma exige-se certo grau de regularidade objetiva, razão pela qual os métodos hermenêuticos não podem jamais se distanciar da racionalidade e da regularidade formal, pois estas são idéias fundamentais para o direito, uma vez que garantem a efetivação dos valores previsibilidade e segurança, os quais também recebem prestígio no constitucionalismo democrático. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008. p. 49)

¹¹² “Deste modo, tanto o legislador como o juiz criam o Direito, embora o primeiro disponha de maior margem de conformação que o segundo. A atividade jurisdicional não se reduz, portanto, à mera aplicação de uma vontade preexistente do legislador. É ela constituída, simultaneamente, por um ato cognitivo (de definição das possibilidades abertas pela moldura da norma) e por um ato volitivo (de escolha de uma dessas possibilidades). (BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 170)

¹¹³ “Assim, a verdade jurídica não é “revelada” ou “descoberta”, já que não vem de Deus, nem preexiste ao labor humano, não se encontra, pois, no objeto a ser observado. É uma verdade “construída” “num processo do qual participa o intérprete”. Não é essa verdade, demonstrada, mas legitimada mediante um processo de justificação”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial...* cit., p. 40-41)

¹¹⁴ Este é o entendimento de ODETE MEDAUAR. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...* cit., p. 144-149. Sobre o tema, a autora dispõe: “A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, caput); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito (...)”. (Idem, p. 149). Neste mesmo sentido, CRISTINA QUEIRÓZ: “A Constituição é desde então percebida não apenas como “ordem quadro” para a ação, que o legislador se vê obrigado a respeitar, mas, ainda, como base e fundamento de toda a ordem jurídica”. (QUEIRÓZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 169)

Em outras palavras, no panorama do Estado Constitucional e Democrático, ao conceito de legalidade é inserido também o conceito de legitimidade¹¹⁵. Assim sendo, o desvirtuamento da atividade administrativa do compasso constitucional macula o ato e o procedimento administrativo, tornando-os passíveis de terem sua validade questionada.

Uma das facetas da interpretação constitucional envolve o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, e, com ela, a discussão sobre os limites da atuação legítima de cada poder¹¹⁶.

A gênese da construção de um sistema de controle dos atos do governo encontra-se na história norte-americana, no emblemático caso *Marbury versus Madison*¹¹⁷.

Com supedâneo na premissa de supremacia das normas constitucionais, cláusula expressamente inscrita na Constituição de 1787, a decisão do *Chief Justice* Jonh Marshall representou o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição, ratificando a premissa de que os preceitos constitucionais devem preponderar sobre todos os demais atos normativos. O êxito obtido pelo Poder Judiciário norte-americano ensejou o fortalecimento da instituição judicial, abrindo espaços para novas participações dos juízes em deliberações condizentes com os

¹¹⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 303.

¹¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 385.

¹¹⁷ Nas eleições norte-americanas, no ano de 1.800, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados, tanto no Legislativo, como no Executivo. No final de seu governo, articularam-se a fim de aprovar leis de reorganização do Judiciário federal, com o objetivo de manter a influência política sobre este poder. A lei de 27 de fevereiro de 1801 autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado na véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes, ficando seu Secretário, John Marshall, incumbido de entregá-los aos nomeados. Marshall era um dos juízes nomeados e fora indicado para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, Contudo, tendo um único dia para entregar os atos de investidura, Marshall não teve tempo de concluí-los a todos os nomeados antes do término do governo. Com a posse de Jefferson, seu secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entregar os atos de investidura aos juízes que não haviam recebido. Entre os juízes nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs uma ação judicial para ver reconhecido o seu direito ao cargo. A Suprema Corte, pautada nas razões do voto vencedor do juiz Marshall, demonstrou que Marbury tinha direito à investidura no cargo, afirmando, para tanto, que os atos advindos do Poder Executivo poderiam ser objeto de revisão judicial, salvo duas exceções, os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei tivesse atribuído a exclusiva discricionariedade ao Executivo. Ademais, invocando a supremacia da Constituição, sustentou que a lei que contrariasse a Constituição é nula, finalizando com a assertiva de que o Poder Judiciário é o verdadeiro intérprete da Constituição. A despeito de inúmeras críticas tecidas contra a decisão, mormente pelo intento político de Marshall, as premissas para o controle de constitucionalidade estavam postas, servindo de exemplo a todo o mundo. (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-32)

interesses ligados à vida pública, culminando em precedentes inéditos nesta seara e consolidando uma atuação diferenciada deste Poder, com repercussão na esfera política e econômica, até então repudiada pela inviolável cláusula da separação de poderes.

Lastreado no princípio da supremacia da Constituição, o modelo de controle de constitucionalidade prospera e convence sobre a sua legitimidade contramajoritária, sem representar qualquer risco ao sistema democrático, mas, ao contrário, atuando no sentido de preservar as normas constitucionais que concorrem para garantir a unidade e a harmonia de uma determinada nação.

Sob os auspícios destes novos valores, o sistema norte-americano do *judicial review* expandiu-se para outros países, sendo também incorporado ao modelo brasileiro¹¹⁸, com a promoção de uma verdadeira revolução no conceito de soberania constitucional. Deste modo, a atividade jurisdicional foi alçada a *status* de poder de Estado, permitindo a sua intervenção nas questões de interesse público e ainda garantindo a participação dos cidadãos em novas alternativas de representação popular.

Com efeito, a Constituição, para além da natureza de pacto político e social de uma dada nação, tornou-se também um sistema de controle e de imposição de limites formais e materiais, com o escopo de viabilizar a construção de identidades, conquistas de objetivos, formação de consensos e resolução de dissensos¹¹⁹, resguardando a formação e manutenção da unidade política e normativa de um determinado país.

Ao Poder Judiciário foi conferido o exercício deste controle, sendo-lhe, para tanto, outorgado a prerrogativa de franquear real interpretação aos preceitos constitucionais. Alinhavada nestas premissas, a atuação jurisdicional vai, aos poucos, ganhando espaço, sedimentando-se e incrementando-se, e, ainda, concorrendo para a construção de um conceito mais amplo de democracia, com a proteção aos direitos inalienáveis das minorias, ainda que em contramão ao posicionamento das maiorias.

Os limites da atuação do Poder Judiciário em demandas de interesse público são traçados pelo contexto político e social retratados nas Constituições de cada país.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 institucionalizou o Estado Democrático de Direito, marcado pela participação popular nas deliberações de

¹¹⁸ O controle de constitucionalidade teve origem no Brasil na Constituição de 1891, momento em que os juízes e tribunais foram responsabilizados pelo controle *in concreto* dos preceitos constitucionais.

¹¹⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrática...* cit., p. 41.

interesse social e preconizado no resguardo aos direitos e garantias fundamentais, os quais, erigidos a *status* de cláusulas pétreas, passaram a ser capitulados de forma pormenorizada, com ênfase nos direitos sociais e econômicos. O destaque deste momento histórico deveu-se ainda à previsão da exigibilidade imediata e da justiciabilidade destes direitos e garantias fundamentais, franqueando um legado transformador e emancipatório à atuação jurisdicional.

Ao elencar como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a Carta política impõe a observância obrigatória deste vetor ético e informador a todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico¹²⁰, exigindo uma sensibilidade maior do intérprete com a identificação do compromisso constitucional. Certamente, não se olvidou o constituinte de 1988 de prever mecanismos de exigibilidade dos direitos fundamentais, os quais são essenciais para formalizar a completude da eficácia comunitária da Constituição.

Neste diapasão, o Poder Judiciário se mostra como uma das mais importantes vias para a realização da defesa dos preceitos constitucionais. Inserido no extenso rol de direitos fundamentais estampados no artigo 5.º da Constituição Federal, o acesso à justiça recebeu uma conotação fundamental no Estado Democrático: trata-se de canal direto a serviço da sociedade para a promoção dos direitos fundamentais. Em decorrência desta constatação, qualquer violação a este preceito deflagra uma profunda crise de efetividade das demais garantias e direitos, caracterizados pela essencialidade à existência e dignidade humana, concorrendo contra os valores primados no Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o restabelecimento da democracia no Brasil, com a promulgação da Constituição cidadã em 1988, alargou a importância da função jurisdicional. A expectativa era de que os novos direitos, arduamente conquistados, pudessem ser exigidos perante o Poder Judiciário, caso não voluntariamente satisfeitos ou violados pelos demais Poderes.

Ainda com a redemocratização, houve o ressurgimento da sociedade civil, que se fortalece com a articulação, mobilização e socialização dos grupos e classes que

¹²⁰ No entendimento de RIZZATO NUNES, a dignidade da pessoa humana não se trata de princípio apenas para edulcorar o universo ético, mas trata-se de elemento palpável, substancial e presente em todas as normas do sistema jurídico. (NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33)

lutaram e lutam contra as mais diversas formas de exploração e opressão política, econômica, social e cultural, com vistas à redefinição das relações entre sociedade e Estado¹²¹.

Neste passo, estes novos atores, com destaque para os movimentos sociais, também vislumbraram o Poder Judiciário como o *locus* democrático para reafirmação e reivindicação dos direitos constitucionais das maiorias marginalizadas¹²², mormente quando não entoados por meio dos métodos tradicionais da democracia representativa e diante dos limitados e dificultosos canais de participação política da sociedade no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Desta forma, os embates sociais e políticos que não foram solucionados pelos demais Poderes, passaram a desaguar no Judiciário¹²³, concorrendo para a manutenção da paz e da ordem social, e, em última análise, para a legitimação do modelo procedimental circular do *checks and balances*¹²⁴, como uma das importantes características do Estado Democrático de Direito.

A explosão da conflituosidade social no Brasil desafiou a esfera jurisdicional a intervir na análise dos atos de governo, requisitando uma atuação diferenciada dos conflitos clássicos, por meio de uma perspectiva também sociológica e não puramente normativa. Aos poucos, Política e Direito entrelaçam-se numa relação de interdependência e circularidade, ilidindo o prisma do modelo dogmático que vigorou no Estado Liberal de isolamento e pureza dos sistemas, com rígida separação entre Direito, Política e Economia¹²⁵.

¹²¹ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: RT, 1992. p. 15.

¹²² CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento Teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

¹²³ Com a promulgação da Constituição de 1988, quem assume o Poder é José Sarney, que, ligado à ditadura militar, não espelhava os anseios da sociedade. Em seu governo, a inflação assumiu níveis inimagináveis, com adoção de planos econômicos violadores de direitos dos cidadãos. A situação se agravou com a sucessão do presidente Fernando Collor de Mello. Este último presidente adota um plano mirabolante para reduzir a inflação, contudo, o plano fracassa, ensejando resposta da população que pede o *impeachment* do então presidente. Neste contexto, a sociedade civil vislumbra no Poder Judiciário o cenário ideal para a reivindicação dos direitos de cidadania, sub-representados pelo Poder Executivo. (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18-22)

¹²⁴ IZAIAS, Rafael Silva. A legitimação do estado democrático de direito na modernidade periférica: uma observação a partir do caso brasileiro. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade São Paulo, Faculdade de Direito, 2010. p. 34.

¹²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde... cit., p. 129. Vale citar a doutrina de DALMO DE ABREU DALLARI: “Na verdade, o critério tradicional que isolava o Estado numa ordem política, e com isso facilitava o seu conhecimento, não pode ser aplicado à situação atual. Em primeiro lugar, porque a própria noção de “político” se tornou imprecisa, podendo ser considerado político um ato

Espera-se, nesta perspectiva, um novo perfil dos juízes: que atuem endereçados à obtenção dos valores democráticos por intermédio de uma visão progressista e evolutiva, de modo a interpretar a realidade social por um viés construtivo e modernizador. Em contrapartida, rejeita-se o perfil dos juízes que se proclamam apolíticos e que não se importam com a legitimidade e com os efeitos sociais das leis.

Como obtempera DALMO DE ABREU DALLARI, foram os juízes formalistas, acomodados e alheios aos reflexos sociais da legislação que “aceitaram, passivamente, e sem qualquer perturbação na consciência, os ‘atos institucionais’ impostos como leis superiores pelas ditaduras da América Latina durante décadas”. E complementa: “São eles os que, em todo o mundo, aplicam sem reflexão, como se fosse indiscutivelmente normal a ‘lei do governo’, sem importar-lhes de que governo, nem tampouco a justiça ou a injustiça da imposição, desde que tenha uma aparência legal”¹²⁶.

Estes novos conflitos de interesses que culminam no Poder Judiciário apresentam uma estrutura diferenciada dos demais conflitos clássicos. No âmbito subjetivo, enquanto estes últimos caracterizam-se pela relação bipolar entre os jurisdicionados, nas demandas político-jurídicas, a estrutura moderna torna-se plurilateral, com um largo espectro de influência e reflexos sentidos em toda a sociedade ou por uma dada comunidade.

Em outras palavras, os conflitos jurisdicionais tornam-se coletivos e, como tal, aproximam-se de uma decisão política emanada dos demais Poderes constituídos, seja pela dispersão de seus efeitos vinculantes, aproximando-se de um preceito normativo abstrato, seja pela necessidade do contingenciamento coletivo para a distribuição equitativa de bens comuns, ou seja, para a realização da macro-justiça¹²⁷.

Sob a égide desses novos vetores, à atuação jurisdicional imputa-se uma responsabilidade ainda mais rigorosa, pois este Poder torna-se copartícipe das mais importantes decisões sobre os destinos da sociedade e do Estado. A provocação do Poder Judiciário pelos cidadãos no tocante à exigibilidade dos direitos fundamentais

de natureza aparentemente jurídica, econômica, ou de qualquer outra”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65)

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

¹²⁷ Neste contexto, o conceito de macro-justiça compreende o resultado da decisão em que beneficia a todos aqueles que estão em uma mesma situação fática, observando-se a isonomia. Assim, contrapõe-se ao conceito de micro-justiça, quando a decisão jurisdicional limita-se à justiça do caso concreto. (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas...* cit., p. 38-39)

torna-o um Poder mais aberto, mais próximo da sociedade e com maior responsabilidade política e social¹²⁸.

O objeto dos conflitos jurisdicionais também recebe uma nova roupagem neste novo momento de judicialização dos interesses sociais. A dicotomia do lícito-ilícito, utilizada na solução dos conflitos individuais e arraigada no dogmatismo clássico, não se mostra mais a altura para servir de embasamento jurídico às ações postas em juízo. Isso porque, o que passa a ser demandado perante o Poder Judiciário é a alocação individual de bens comuns, *munus* típico das demais funções estatais, a qual demanda verdadeiras opções políticas. Neste caso, a intervenção jurisdicional decorre da inoperância das demais instâncias de Poder em colimar à justa distribuição dos direitos sociais.

Em outras palavras, o Poder Judiciário afasta-se do modelo de justiça retributiva¹²⁹ para adentrar a esfera da justiça distributiva, que tem como função a justa distribuição dos recursos comuns, e, em última análise, a consecução do bem comum¹³⁰. A pauta do processo jurisdicional passa a ser os direitos que perfazem a cidadania, ou seja, a repartição dos benefícios sociais a cada indivíduo, que, na maioria das vezes, são inscritos na Carta Constitucional como modalidade normativa de princípios¹³¹.

¹²⁸ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BARÇA, Érica Paula (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

¹²⁹ O conceito de justiça retributiva é empregado como sinônimo de realização do fenômeno de adjudicação individual de um Direito subjetivo, como comumente ocorre no Poder Judiciário por meio das ações individuais. Ele se contrapõe ao conceito de justiça distributiva, em que se busca a efetivação de uma política pública. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 121-122)

¹³⁰ JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES desvela inúmeros significados para a expressão “bem comum”. Em primeiro lugar, cita o conceito como resultado de uma ação comum. Em uma segunda concepção, menciona que bem comum é o que ninguém em particular produz individualmente. Ou ainda, em um terceiro significado, pauta-se na conceituação de fim comum, objetivo comum. Como quarta hipótese, sugere a equiparação com o significado de bem coletivo pelos economistas, culminando no conceito de bem indivisível. Com espreque no conceito advindo da filosofia e das ciências políticas, bem comum é o conjunto de condições indispensáveis para a cooperação, quando os interesses são comuns. Por derradeiro, há ainda a idéia de que bens comuns são os bens primários ou fundamentais, ou seja, aqueles que se pode usufruir individualmente, mas que só existem em condições sociais. (LOPES, José Reinaldo de Lima. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 93-97)

¹³¹ Para ROBERT ALEXY, princípios e regras enquadram-se no conceito de norma jurídica, pois ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas do dever ser. Para o autor, a distinção encontra-se no grau de generalidade e determinação. As regras têm um grau de generalidade mais baixo e um grau de determinação mais elevado. Já os princípios têm um grau de generalidade mais alto e de determinação menos elevado, sendo esta a razão pela qual os princípios caracterizam por serem satisfeitos em graus variados (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-106). HUMBERTO ÁVILA discorda desta concepção utilizada por Alexy. Para

E, diante desta natureza, não há resposta pronta no ordenamento jurídico que venha a dirimir a lide pela mera subsunção normativa. A resposta é construída por intermédio de um procedimento discursivo, participativo e multilateral, a fim de extrair uma solução que revele a justeza do sistema constitucional normativo, sem descurar dos reflexos sentidos no âmbito econômico, político e social. Os princípios não figuram como mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, ou seja, princípios representam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas, decorrendo daí a carga argumentativa para se definir as condições de precedência¹³².

A desconstrução da justiça estática, que significa a mera aplicação das regras já criadas, marca o início do reconhecimento da nova função a ser desempenhada pelo Poder Judiciário. A dimensão política do poder jurisdicional encontra-se no potencial de alteração e construção de novas regras, com fulcro e vetor limitador e informativo na Carta Constitucional. Em síntese, o Poder Judiciário afasta-se da justiça estática, proposta pelo dogmatismo legalista, para revisitar sua atuação por intermédio da justiça dinâmica, executada através da discussão da constitucionalidade das leis, atos e programas, com a criação de novas regras, a partir do modelo constitucional¹³³.

Este novo compromisso do Poder Judiciário com a cidadania mostra-se como tarefa necessária, mas tortuosa. A conflituosidade ínsita às decisões políticas descortina-se como obstáculo a ser superado e que não pode jamais ensejar o descarrilamento dos trilhos traçados pelos valores emanados das normas constitucionais.

Interesses particularísticos e meramente populistas não podem ser encampados pela deliberação jurisdicional, sob pena de reproduzir, nesta esfera, as distorções dos demais sistemas políticos. Caso assim ocorra, a legitimidade do Poder Judiciário em corroborar com os objetivos do Estado Democrático de Direito será questionada,

Ávila, a diferença entre as espécies normativas gira em torno do uso argumentativo e não da estrutura hipotética. Esclarece o autor que os princípios também são dotados de hipótese de incidência e de consequências normativas, mas o tipo da prescrição de comportamento e das consequências são diversos: nos princípios, não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativos relevantes cuja realização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim. As regras, em contrapartida, dependem menos intensamente de um ato institucional de interpretação, pois o comportamento já está previsto frontalmente na norma jurídica. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 63)

¹³² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 103-105.

¹³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais...* cit., p. 125.

infirmar a sua competência em cumprir o desiderato proposto pelo sistema de freios e contrapesos.¹³⁴

Malgrado os obstáculos e as dificuldades, não há dúvidas sobre a pretensão ínsita às cláusulas que regulamentam o Estado Democrático de Direito em franquear potencial transformador à esfera jurisdicional. O novo paradigma, instaurado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, qualifica-se pela inserção do Poder Judiciário nos embates de largo espectro político e social, colocando-o em igualdade de importância com os demais Poderes na construção da democracia e da cidadania.

2.2 Políticas Públicas: origem, evolução e conceito

Como abordado anteriormente, no final do século XIX e início do século XX, as premissas subjacentes ao Estado Liberal, que primavam pela liberdade burguesa, preconizada na proteção dos cidadãos contra a intervenção do Estado, desvelaram-se inoperantes e insuficientes aos anseios dos cidadãos, deixando-os à mercê da autorregulação do mercado. O modelo estruturante do Estado burguês frustrou as expectativas de alcance da paz social e do bem-estar dos cidadãos, incitando à reorganização das forças estatais para a sua intervenção nos assuntos políticos e sociais, em substituição às forças econômicas dominantes que, à época, exerciam o poder em prol de seus interesses particulares.

O amadurecimento do exercício do poder democrático forçou a abertura da participação social nas deliberações políticas, incorporando à atuação estatal ações pertinentes com vistas à diminuição das desigualdades sociais. Neste passo, o Estado

¹³⁴ “Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem irão atingir. Desse forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelo atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 218)

assume a responsabilidade de atuação positiva e proativa na busca da satisfação e efetivação dos direitos sociais.

As Constituições modernas serviram de embasamento ao delineamento das novas funções do Estado intervencionista. Sua normatividade não mais se restringiu à esfera dos direitos de liberdade do indivíduo, como ocorria nos moldes do Estado Liberal clássico, mas, ao lado dos direitos de primeira geração, passaram a prescrever direitos sociais, outorgando-lhes o mesmo *status* de fundamentalidade.

No contexto brasileiro, o catálogo de direitos fundamentais, estes previstos expressamente e implicitamente na Constituição de 1988, vai exigir do Estado, enquanto organização político-institucional, um modo de atuação diferenciado, por intermédio da governabilidade pautada em critérios políticos, acrescidos também dos métodos técnicos, a fim de colimar a eficiência necessária ao atingimento do desenvolvimento econômico-social, estreitamente vinculado à satisfação dos preceitos éticos que perfazem a dignidade humana.

Alicerçado nessa premissa, o *modus operandi* da atuação estatal deve ajustar-se aos imperativos constitucionais, franqueando a promoção dos valores arraigados na Carta Política, que, se por um lado se expressam por meio do modelo econômico desenvolvimentista, por outro, desautorizam o perfilhamento deste fim por intermédio do distanciamento dos direitos essenciais de cidadania. Consoante à Constituição Federal de 1988, a ordem econômica deve estar estreitamente vinculada ao equilíbrio e bem-estar de uma dada sociedade para o alcance de uma vida digna¹³⁵.

A qualidade do processo de escolhas das prioridades e das formas de consecução dos objetivos inscritos no artigo 3.º da Constituição Federal passa a ser compreendida também como matéria afeta aos interesses de toda a sociedade, e não mais se aprisiona a burocracia irrevelável dos assuntos político-administrativos. Sob o amparo destes novos preceitos constitucionais, não há mais dúvidas de que o conceito de democracia abrange também a intervenção e a participação da sociedade civil na

¹³⁵ Esta é a leitura de EROS ROBERTO GRAU do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal: “Por outro lado, significa que a ordem econômica mencionada no artigo 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (sem sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constitucional de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 198)

construção pluralista dos programas e planos estatais traçados para o alcance do bem-estar social.

Inserido neste contexto, o poder discricionário recebe uma nova leitura no Estado Democrático de Direito, extirpando qualquer resquício de arbitrariedade ou abuso de poder pelo Poder Executivo. O poder de escolha, autorizado pela lei e pelas normas constitucionais, deve estar imediatamente relacionado com os objetivos anteriormente deliberados pela Carta Constitucional, sob pena de o Poder Judiciário declarar nula a opção política realizada. Daí a necessária motivação de todo o ato administrativo, a fim de possibilitar o seu controle externo¹³⁶.

Não é novidade que as metas traçadas pelas normas constitucionais muito se distanciam da realidade atual. Os direitos de liberdade, os direitos sociais e os direitos ditos de terceira geração têm expressiva parte de seu espectro inserto na dimensão meramente retórico-normativa, estando, nosso país, ainda na expectativa de solucionar, de forma definitiva, o mais grave problema social da humanidade: a fome¹³⁷.

Por outro lado, a ousadia dos objetivos constitucionais não infirma o seu *status* de finalidades vinculantes aos comportamentos sociais e também estatais¹³⁸. A força propulsora de transformação da sociedade e de efetivação dos direitos sociais encontra-se na implementação de metodologia e técnica aos programas governamentais¹³⁹, combinados com a eticidade ínsita ao Estado Democrático de Direito, para fazer valer os direitos de primeira ordem inscritos na Carta constitucional, isto é, para traçar as prioridades desveladas nos valores e afirmações sociais de uma dada nação.

¹³⁶ Por esta razão, no contexto constitucional atual não mais se justifica a Teoria dos Motivos Determinantes, que outorga a possibilidade e não ao dever do administrador público de motivar os seus atos. Segundo a teoria, caso o faça, a razões de fato e de direito passam a condicionar a validade do pronunciamento administrativo. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Controle jurisdicional dos atos políticos...* cit., p. 297)

¹³⁷ “A cada dia morrem cem mil pessoas de fome ou de suas consequências imediatas. Em 2005 morreram mais de 36 milhões. A cada sete segundos morre de fome uma criança menor de dez anos. De quatro em quatro minutos morre uma pessoa por carência de vitamina A. Somam-se 852 milhões os seres de serem humanos subalimentados, mutilados por fome crônica”. (ZIEGLER, Jean. *Direito humano à alimentação adequada*. Prefácio. IN: PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007)

¹³⁸ KONRAD HESSE não vislumbra nos direitos sociais constitucionais a natureza de direitos subjetivos, exigíveis e judicializáveis de forma direta, mas também não nega o caráter coercitivo e vinculativo de determinar tarefas de modo a orientar a futura ação estatal. (HESSE, Konrad. *Significado dos direitos fundamentais*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47)

¹³⁹ Neste sentido: “O próprio fundamento de políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política, conformando e harmonizando todas as demais”. (Gilberto Bercovici, *Planejamento e Políticas Públicas: Nova Compreensão do Papel do Estado*, p. 144)

Neste sentido, o planejamento estatal passou a ser visto como indispensável à conquista do desenvolvimento e à consecução do bem comum¹⁴⁰. O espírito desta ação planejada é racionalizar a intervenção do Estado¹⁴¹, de modo a combinar o progresso da ordem econômica com a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e todos os requisitos que perfazem a existência digna, conforme os ditames da justiça social inscritos na Constituição Federal¹⁴².

Além da ordenação do agir governamental para a busca de melhores resultados, a fixação de metas é necessária para a preservação da harmonia do sistema democrático e republicano, com o objetivo de que a alternância do poder não frustrasse os fins previstos nos programas estatais¹⁴³.

É com base nestas premissas que subjaz o conceito de políticas públicas.

Para MARIA PAULA DALLARI BUCCI, pode-se definir política pública como:

“um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”¹⁴⁴.

A discussão sobre as problemáticas que envolvem as políticas públicas insere-se em um contexto multidisciplinar, advindo daí a dificuldade para o jurista de enquadrar o conceito de políticas públicas em uma categoria normativa bem definida, mensurando-se assim os seus reflexos perante o sistema jurídico, como ocorre com os demais institutos do Direito. Mesmo diante das dificuldades, compreender o seu

¹⁴⁰ O planejamento estatal foi previsto no artigo 174 da Constituição Federal: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

¹⁴¹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 1999. p. 136.

¹⁴² Artigo 170 da Constituição Federal: “A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução de desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

¹⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 135, São Paulo, Malheiros, 1996.

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: Reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

espectro é necessário, seja para possibilitar a inter-relação e o estreito diálogo entre o olhar do jurista e as diferentes ciências que contribuem para a completa compreensão do tema, a fim de que convirjam à adequada redistribuição de bens e posições, seja para descortinar a regularidade da planificação estatal e de seu processo de formação, que consubstanciam as decisões estatais, aferindo se estão de acordo com as normas constitucionais e legais preestabelecidas.

A despeito de a conceituação de políticas públicas ensejar controvérsias na doutrina, todos concordam que elas envolvem a previsão de um conjunto ordenado de meios e instrumentos para o alcance de metas e resultados almejados, lançando-se em uma visão prospectiva e racional de atuação estatal. Nota-se que as políticas públicas são um misto de racionalidade, inerente à técnica, e de consenso, diálogo e correlação de forças entre os agentes políticos e a sociedade. E, sendo assim, o foco não somente pode se centrar na busca dos fins e metas, pois, se assim fosse, bastaria reduzir a questão à mera aplicação de técnicas eficientes e racionais para obter resultados positivos, primando-se pela eficácia econômica e descurando-se do processo constitutivo de decisão, ou seja, da questão política, em que a dimensão participativa e democrática tem importância fulcral no modelo constitucional atual¹⁴⁵.

Partindo destas premissas, não há como identificar o planejamento estratégico com o seu fim almejado. As políticas públicas são formas de agir estatal, modo de atuação da gestão pública, direcionadas aos objetivos elencados pela Constituição Federal e pelas leis. Portanto, os fins objetivados pelas políticas públicas coincidem, ou deveriam coincidir, com as escolhas ideológicas plasmadas na Constituição, em outras palavras, com as escolhas políticas declaradas nas normas constitucionais.

Em conclusão, tem-se que o conceito de políticas públicas não se traduz e nem se identifica com os direitos sociais, mas a concretização destes direitos representa o fim

¹⁴⁵ O risco de tratar o fenômeno da política pública apenas em seu aspecto procedimental é retratado por ALCINDO GONÇALVES: “Quando se definem políticas públicas como processos, privilegia-se sua dimensão constitutiva e não seu aspecto teleológico”. (...) “Ao abordar o tema sob a ótica do processo, privilegia-se ainda a dimensão participativa na produção das políticas. Resgata-se a noção do contraditório na sociedade, evitando-se assim as definições simplistas de “boas” ou “más” políticas. Ao contrário, nesta perspectiva resultam complexas as tomadas de decisão”. (GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 93-94)

almejado por estas atuações estatais coordenadas, ou seja, representam os objetivos perseguidos pelas políticas públicas¹⁴⁶.

Destarte, os caminhos traçados pelas políticas públicas são conformados pela política constitucional, que define os direitos e garantias fundamentais a serem respeitados para a institucionalização da democracia social. Em conclusão, o agir *governamental* pauta-se em escolhas políticas feitas pelos governantes escolhidos pelo voto popular, mas deve estar sempre comprometido com os compromissos constitucionais assumidos na Carta Política. Daí o traço de juridicidade que enseja a consequente abertura para o seu questionamento perante o Poder Judiciário.

Este conjunto dos atos que consubstanciam as políticas públicas pode ser exteriorizado por intermédio de normas constitucionais, normas legais e pelas modalidades de atos administrativos, ou a coordenação destes atos, por meio do procedimento administrativo¹⁴⁷. Os diversos instrumentos normativos que dão roupagem às políticas públicas revelam que não há um padrão certo e determinado para a exteriorização de sua dimensão. Mas esta exteriorização, ainda que não uniformizada, é a maneira pela qual se pode identificar os meios e os fins pretendidos pelo poder governamental, permitindo a aferição da racionalidade, do agir estratégico, dos resultados pretendidos, retirando estas opções políticas de um campo obscuro de escolhas isoladas, pessoais e arbitrárias dos políticos eleitos.

Como outrora posto, estes atos coordenados, que constituem as políticas públicas, são fruto de atuações decorrentes da função governamental, os denominados programas de governo. A dimensão política que caracteriza este planejamento estratégico enseja divergências na doutrina quanto à sua natureza e à possibilidade de revisão judicial.

Assim sendo, mostra-se imprescindível a abordagem sobre a natureza jurídica dos atos emanados da denominada função de governo.

¹⁴⁶ “Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* cit., p. 219)

¹⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257.

2.3 Atos Políticos X Atos Administrativos

De acordo com os argumentos acima expostos, foi possível concluir que os direitos sociais são os objetivos, os fins últimos que as políticas públicas visam a dar real concretude. Ocorre que, salvo determinadas exceções, o texto constitucional não faz uma abordagem descritiva sobre os meios para se atingir os fins normativos, sendo esta indeterminação corroborada pelas normas acerca dos direitos fundamentais, inscritas de forma vaga e fluida, portanto, caracterizadas pela baixa densidade normativa.

EDUARDO APPIO entende que esta ausência de precisão dos conteúdos dos direitos constitucionais acaba por franquear uma ampla margem de liberdade ao administrador, inserindo-os na categoria de atos governamentais, também denominados de atos políticos, os quais estariam plenamente mergulhados no espectro da liberdade deliberativa outorgada pela discricionariedade política, pois decorrem de deveres genéricos insertos na Constituição.

Estudioso do tema controle judicial de políticas públicas, EDUARDO APPIO obtempera que as funções de natureza administrativa caracterizam-se por serem de natureza instrumental e sua finalidade última consiste em concretizar, ou seja, por em prática as pautas elaboradas e ditadas pelos governantes eleitos.

Segundo EDUARDO APPIO, no exercício da discricionariedade administrativa, o Poder Executivo está vinculado aos limites da legalidade e aos demais princípios que regem os atos administrativos¹⁴⁸. De outro lado, o autor identifica outra categoria distinta, os atos políticos. Estes decorrem diretamente do conteúdo de prerrogativas de natureza política e somente o constituinte pode estabelecer uma vinculação direta do Poder Executivo a uma determinada prestação material ou normativa.

Ainda, de acordo com o entendimento de EDUARDO APPIO, as decisões de cunho político caracterizam-se como atividades de governo e estão ancoradas em

¹⁴⁸ “Os atos administrativos estão vinculados diretamente à lei, mas sofrem influxo direto dos princípios constitucionais, razão pela qual se abre uma ampla margem de controle judicial, especialmente quando se considera a textura aberta de conceitos indeterminados como moralidade e eficiência administrativa”. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 105)

manifestações de conteúdo ideológico¹⁴⁹. Em outras palavras, é por intermédio da discricionariedade política que os representantes eleitos podem optar por objetivos distintos previstos na Constituição e pelos meios adequados para a sua consecução¹⁵⁰. De acordo com a lição do autor, a dicotomia entre estas duas modalidades de atos resulta em reflexos no âmbito de seu controle jurisdicional:

“A distinção assume uma significativa importância, quando se considera que todos os atos da Administração Pública – por imposição direta do artigo 5º, XXXV, da CF/88 – estão sujeitos à revisão judicial. O mesmo não se pode afirmar no tocante aos atos (e omissões) de governo, nos quais somente serão objeto de revisão judicial nos casos em que o controle emergir de um dever direto imposto pela Constituição. Muito embora, sob o ponto de vista constitucional, a prática dos atos administrativos e dos atos políticos de governo esteja jungida aos limites impostos pela Constituição, não se pode olvidar que a Administração Pública está diretamente vinculada aos princípios da legalidade. No plano concreto, a separação melhor definida entre Administração (e suas ações), Governo (e sua competência política) e chefia de Estado (também com suas atribuições), ampliou o escopo do controle jurídico dos atos administrativos, ao facilitar a distinção entre eles e os atos políticos estrito senso, menos suscetíveis ao crivo do Direito”¹⁵¹.

Nesta perspectiva, a escolha do momento e da forma por meio dos quais tais modalidades de direitos genéricos serão atendidos reveste-se de caráter meramente político, esfera em que o poder jurisdicional não pode se imiscuir¹⁵², diante dos limites conceituais que diferenciam os princípios e a política¹⁵³. Neste caso, conclui EDUARDO

¹⁴⁹ “Já os atos políticos decorrem diretamente do conteúdo de prerrogativas de natureza política, razão pela qual somente o constituinte pode estabelecer uma vinculação direta do Poder Executivo a uma determinada prestação material ou normativa. Aos atos políticos não se aplicam as teorias forjadas pelo Direito Administrativo – inclusive os postulados relacionados à revisão judicial dos atos administrativos discricionários – pois a própria Constituição pode impor limites à extensão do poder jurisdicional dos juízes, de molde a assegurar a integridade do núcleo essencial de cada Poder”. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil...* cit., p. 105)

¹⁵⁰ No que se refere aos limites da intervenção judicial a partir da separação de poderes, EDUARDO APPIO discorre sobre a acepção ampla, que engloba as atividades de planejamento e execução das políticas públicas, e uma concepção restritiva, em que os atos políticos correspondem apenas a opções de natureza ideológica, vinculados a programas dos governos eleitos. Por fim, inclina-se a acolher esta última concepção por entender mais adequada. (Idem, p. 104)

¹⁵¹ Idem, p. 108.

¹⁵² “As decisões de cunho político devem ser distinguidas das decisões de cunho administrativo, na medida em que aquelas não permitem revisão judicial. As primeiras consistem em atividade de Governo, ou seja, ancorada em manifestações de natureza política, em estrita observância do projeto de governo, enquanto as segundas representam o instrumental técnico necessário à execução deste projeto”. (APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129)

¹⁵³ A divisão entre “política” e “princípio” é feita por RONALD DWORKIN: “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada

APPIO, a ampla margem de liberdade de escolha do governante representa um limite intransponível à intervenção jurisdicional, sendo defeso a este último poder ditar as políticas públicas, mas apenas controlar a sua implementação, ou seja, controlar a execução dos programas governamentais¹⁵⁴, em razão da natureza administrativa dos atos executórios. Em conclusão, compartilha do entendimento de que a formulação das políticas públicas integra a função de governo e de que tais atos emanados do Poder Executivo revestem-se de conteúdo eminentemente político, obstáculo insuperável à análise jurisdicional¹⁵⁵.

Na mesma linha de EDUARDO APPIO, MARIA SYLVIA DI PIETRO também compartilha o entendimento de que a função de governo abrange os atos decisórios para a fixação de metas, diretrizes ou planos governamentais, restando à Administração Pública os atos executórios dos programas traçados. No entanto, diferentemente de EDUARDO APPIO, MARIA SYLVIA DI PIETRO afirma que, se houver lesão a direitos individuais ou coletivos, os atos do governo deverão passar pelo crivo judicial¹⁵⁶.

De outro vértice, com esteio na análise de ODETE MEDAUAR, ato de governo é espécie de ato administrativo. De acordo com a autora, o ato governamental provém da autoridade ou do órgão mais elevado desse poder e produz consequências jurídicas

desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 130)

¹⁵⁴ “A distinção entre questões políticas e administrativas assume, portanto, um importante significado, na medida em que a revisão dos atos administrativos é função constitucional do Poder Judiciário, ou seja, a execução de uma política pública não pode ser confundida com a sua proposição. A execução de uma política pública se dá através da implementação de programas sociais e econômicos, os quais podem implicar a emergência de novas obrigações em desfavor dos particulares – os quais terão de suportar o ônus financeiro destes programas – ou novos direitos que poderão contemplar apenas parcela dos cidadãos necessitados, especialmente no que tange ao racionamento dos recursos públicos”. (FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 108-109)

¹⁵⁵ Para EDUARDO APPIO, a impossibilidade de controle judicial da formulação das políticas públicas encontra esteio nos seguintes argumentos: i) o administrador público e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer prioridades na implementação de políticas públicas; ii) O Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar com as informações prestadas pela Administração Pública; iii) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade; iv) a indevida substituição ensejaria desgaste ao Poder Judiciário, na medida em que ele teria que suportar críticas decorrentes de adoção de medidas equivocadas; v) o Poder Judiciário deve fiscalizar os demais Poderes, mas não substituir essa atividade, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativos e Executivos na atividade judicial; vi) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil...* cit., p. 151-152)

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 56.

externas, pois seus destinatários são, em regra, outros poderes públicos. Ademais, afirma que tal espécie de ato não é plenamente discricionária, mas sim dotada de parcela de discricionariedade. Cita como exemplo de ato de governo: a sanção, a promulgação, a publicação de leis, o veto a projetos de lei, a celebração de tratados, as convenções e os atos internacionais, a decretação e a execução de intervenção federal¹⁵⁷.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO inclina-se ao entendimento de que os atos políticos não se enquadram em nenhuma das três funções do Estado: a legislativa, a jurisdicional ou a executiva. Acrescenta ainda que esta espécie de ato não se identifica com a função administrativa, pois, enquanto os atos de governo relacionam-se à superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas, o ato administrativo volta-se para a gestão concreta, prática, direta, imediata e rotineira dos assuntos da sociedade. Como exemplo de atos do governo, o autor menciona: a sanção, o veto, a dissolução do parlamento nos regimes parlamentaristas, a convocação de eleições gerais ou destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade, a declaração de estado de sítio, a decretação de calamidade pública e a declaração de guerra¹⁵⁸.

Inicialmente, acerca da dicotomia entre atos políticos e atos administrativos, deve-se ponderar que, com a garantia da inafastabilidade do poder jurisdicional inscrita na Constituição Federal, torna-se frágil a defesa de retirar, *a priori*, determinados atos, derivados da função governamental, do controle jurisdicional, quando se está diante da ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo. Neste sentido, tem-se que a concepção dos atos governamentais, como proposto por EDUARDO APPIO, parece retroceder a momento anterior da história, em que a garantia acima citada não era prevista constitucionalmente.

A gênese da teoria do ato político data do ano de 1815, fim da ditadura de Napoleão, quando a Administração Pública voltou a perder seu poder político na França, assim como o Conselho de Estado, órgão com atribuição para decidir sobre conflitos em matéria administrativa. A fim de evitar confrontos com o novo Poder

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993. p. 175-176.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...* cit., p. 36-37. Para o autor, a função administrativa é aquela exercida na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema brasileiro é desempenhada mediante comportamentos infralegais, submissos ao controle de legalidade. A função governamental não se insere nesta concepção por não estarem em pauta comportamentos infralegais, e subordinados a uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à sua legitimidade. (Op. cit., 35-37)

Executivo, neste momento com o monarca Luis XVIII no poder, o Conselho de Estado começou a limitar a própria competência, estabelecendo que as questões de governo estariam fora do controle do Poder Judiciário¹⁵⁹. Da França, a teoria do ato político irradiou-se para outros países, recebendo reestruturações de acordo com as necessidades jurídico-sociais peculiares a cada sistema¹⁶⁰.

No Brasil, as Constituições de 1934 e de 1937, respectivamente, excluía do Poder Judiciário a apreciação dos atos de governo. Com o advento da Constituição de 1946, passou a vigorar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A partir deste momento, até mesmo os atos de governo poderiam ser alvo do controle jurisdicional quando violassem direitos¹⁶¹. Por derradeiro, a Constituição de 1988 não trouxe em seu corpo a categoria de atos de governo e ainda previu em suas normas, como direito fundamental, o controle pelo Poder Judiciário de toda a lesão ou ameaça de lesão a direito, estampado no artigo 5.º, XXXV, sem mencionar expressamente qualquer restrição. Portanto, pelo contexto normativo contemporâneo, não se admite a exclusão, previamente, de determinados atos praticados pelo Poder Executivo.

Reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional não significa desconsiderar que determinados atos emanados do Poder Executivo são dotados de maior liberdade de conformação pelos governantes, sendo defeso ao Poder Judiciário tolher esta liberdade com supedâneo na cláusula da inafastabilidade da jurisdição. Os limites de atuação jurisdicional estão condicionados à revelação do espectro desta liberdade política, razão pela qual se faz necessário investigá-la.

A questão nos remete à discussão sobre a natureza da atividade governamental e seus contrastes com a atividade administrativa. Como não há uma caracterização constitucional-material da função política ou de governo¹⁶², incumbe à doutrina traçar o perfil desta função.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*, p. 88-89.

¹⁶⁰ CRETELLA JR., José. CRETELLA JR., José. Teoria dos atos do governo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 95, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181774/1/000432237.pdf>> Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública... cit.*, p. 176. Nas palavras de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, com a institucionalização do Estado de Direito, “não há mais atividade extrajurídica ou suprajurídica”. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Introdução. *Princípios gerais do direito administrativo*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37)

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição... cit.*, p. 602.

Segundo os parâmetros doutrinários, a atividade governamental e administrativa, que integram a função do Poder Executivo¹⁶³, compreendem planos de atuações diversos, sendo à primeira outorgada as funções políticas de comando, de iniciativa e de fixação de objetivos do Estado, e, à segunda, por sua vez, os atos de execução referentes às necessidades coletivas¹⁶⁴.

Com base nesta divisão de funções, parte da doutrina, assim como perfilhado por EDUARDO APPIO, conclui ser o ato oriundo da atividade governamental dotado de maior liberdade para expressar um conteúdo político, que contrasta com a neutralidade do ato administrativo, o qual, por sua vez, detém natureza meramente executória.

Neste sentido, tem-se a divisão de ato político ou governamental de um lado e o ato administrativo de outro, sendo a cada um deles imputado naturezas jurídicas diversas e reflexos também diversos perante o controle jurisdicional. Traduzindo estas conclusões para o âmbito das políticas públicas, tem-se que a fase de formulação dos programas governamentais enquadra-se no espectro de atos governamentais ou políticos e, sua execução, compreendem os atos administrativos.

No plano teórico, a divisão entre atividade administrativa e atividade governamental cumpre a sua função metodológica¹⁶⁵. Na prática, no entanto, esta divisão entre funções torna-se tênue, tornando difícil a tarefa de traçar limites entre uma fase e outra¹⁶⁶, o que põe em xeque a conclusão de que o momento de elaboração de uma política pública exterioriza-se por um ato meramente político, sem as amarras dos princípios e regras que regem o direito administrativo.

¹⁶³ Segundo ELIVAL DA SILVA RAMOS, cabe ao Poder Executivo: i) a função de chefia do Estado (artigo 84, VI e VII, da CF); ii) função de governo (artigo 84, XI e XXIII, da CF); iii) o comando da Administração (artigo 84, II e XXV, da CF); iv) participação na função legislativa (artigo 84, III, IV e V, da CF). (RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., 153)

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 65.

¹⁶⁵ “La diferencia entre actos de gobierno y actos administrativos es solo de efectos didáticos, pero ambos se rigen por los mismos principios esenciales y generan idénticas consecuencias. El régimen jurídico de estas categorías de actos en lo fundamental obedece a principios similares; se trata de una diferencia de hecho, de grado, meramente conceptual, no una diferencia de derecho, de interés jurídico. Tanto el acto administrativo como el acto de gobierno son revisibles judicialmente de acuerdo con la formulación de la teoría del acto institucional”. (DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea: 1973. p. 121)

¹⁶⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO adota o entendimento de que a função de governo não detém natureza administrativa, mas reconhece as dificuldades de se estabelecer um limite preciso entre a função administrativa e política, sendo que em muitos casos estas duas funções se conjugam, não sendo possível invocar a natureza política para escapar do controle administrativo. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 99)

Em primeiro lugar, a fase de elaboração de um programa governamental que veicule uma política pública deve respeitar regras pré-determinadas, as quais funcionam como verdadeiro limite à liberdade da deliberação política do governante.

No processo de construção de um programa governamental, não se pode olvidar os princípios e as regras jurídicas do direito administrativo, a exemplo daqueles que permeiam os serviços públicos, os procedimentos administrativos, a contratação dos funcionários ou serviços, formas de organização da administração indireta, dos contratos administrativos, licitações, entre outros¹⁶⁷. Ou seja, há um regramento pré-determinado que decorre do Direito Administrativo e que serve de limite ao âmbito das decisões políticas e sobre o qual a esfera volitiva do governante não pode se sobrepor e jamais desconsiderar.

De outro lado, o processo de execução das políticas públicas não exclui a possibilidade de também ser permeado por decisões políticas. Isso pode ocorrer em razão da possibilidade de o programa governamental conter lacunas a serem preenchidas quando de sua execução, ou ser inscrito por meio de conceitos jurídicos indeterminados que ensejam diversas interpretações a depender do caso concreto, ou mesmo quando o governante decide postergar parcela deliberativa para a fase executiva.

Em todos estes casos, há efetivamente uma decisão política e não meramente executória da Administração Pública¹⁶⁸. Segundo a perspectiva de MARIA PAULA DALLARI BUCCI, as políticas públicas são um “quadro normativo de ação”, integrados por elementos políticos e elementos técnicos, razão pela qual se torna tênue a divisão entre planejamento e execução, mas, ao contrário, o entrelaçamento entre estas funções é que franqueia maior eficácia à política pública¹⁶⁹.

Ademais, vale insistir na afirmação de que o conceito de política pública inclui o emprego dos meios racionais e estratégicos para a efetivação de um Direito. Com isso

¹⁶⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* cit., p. 255.

¹⁶⁸ Novamente nos recorremos à doutrina de MARIA PAULA DALLARI BUCCI: “Entretanto, o fato de ser a política pública um “quadro normativo de ação” informado por “elementos que tendem a constituir uma ordem local – todos da órbita do aparelho burocrático –, faz com que a Administração desempenhe um papel relevante na análise e na elaboração dos pressupostos que dão base à política pública”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* cit., p. 249)

¹⁶⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* cit., p. 249. A dificuldade de se estabelecer a divisão rígida entre a função política e administrativa é também retratada por MARÇAL JUSTEM FILHO: “O primeiro se relaciona com a dificuldade de estabelecer um limite preciso e exato entre função administrativa e função política. Não é possível invocar, sem mais, a natureza política de certa competência para tentar escapar ao regime jurídico da função administrativa, até porque em inúmeros casos se conjugam funções administrativas e políticas.” (JUSTEM FILHO, MARÇAL. Op. cit., p. 99).

quer-se dizer que atualmente não mais se concebe que os programas governamentais sejam constituídos de atos eminentemente volitivos dos governantes, mas a efetivação de direitos exige também a observância aos critérios técnicos, evitando-se o retorno da irracionalidade das decisões políticas.

O requisito da racionalidade traduz-se como o conceito de eficiência, um dos vetores constitucionais que regem os atos administrativos (artigo 37, *caput*, CF), passando ademais a integrar o conceito de validade dos atos perpetrados pela função administrativa e também pela função governamental.

Deste modo, conclui-se haver a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle de eficiência das políticas públicas, aplicando-se, portanto, o regime do Direito Administrativo à atividade governamental¹⁷⁰. Pode-se dizer o mesmo sobre os demais princípios administrativos: moralidade, impessoalidade e publicidade.

Postas estas premissas, forçoso reconhecer a insuficiência da rígida divisão entre os atos de direção, estes constituídos de uma ampla margem de liberdade para a conformação das deliberações meramente políticas, e os atos executórios, estes compreendidos com limites meramente técnicos, despidos de natureza decisória. O que ocorre, na prática, é a imbricação entre a função política e a função administrativa, tanto na fase de formulação, como na fase de execução das políticas públicas.

Coerente com as afirmações acima tecidas, torna-se frágil a defesa da existência de uma categoria autônoma de ato político ou governamental, de natureza diversa dos atos administrativos e ainda dotado de regime jurídico diferenciado. Como bem explicita HELY LOPES MEIRELLES, o que existe é o ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado pelo fundamento político, não havendo que se falar em ato político como entidade autônoma¹⁷¹. Aceitar a existência de um ato político

¹⁷⁰ “No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos e norma constitucional ou legal, sujeitando-se a controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002. p. 776-777).

¹⁷¹ “Coerentemente com esse entender, negamos a existência do ato político como entidade autônoma. O que existe, a nosso ver, é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado de fundamento político. O impropriamente chamado ato político não passa de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 45/46). No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, vol. I, p. 479-481.

é negar que as três funções do Estado sejam orientadas por valores políticos, o que certamente não pode ser aceito diante da moldura constitucional atual¹⁷².

Não obstante, parece não coadunar com os valores democráticos traçados pela Constituição Federal a concepção de atos políticos dotados de imunidade jurisdicional¹⁷³, sob a justificativa de tratar-se de natureza eminentemente política, como se política e Direito funcionassem como sistemas heterogêneos, que se repelem.

Ao contrário, a Constituição Federal representa um verdadeiro entrelaçamento entre a política e o Direito, funcionando como um mecanismo de interpenetração entre estes dois sistemas¹⁷⁴. Portanto, a discussão sobre a forma de efetivação de um Direito Constitucional pode proporcionar reflexos tanto no sistema político, como no sistema jurídico, este último funcionando como um sistema limitador daquele¹⁷⁵. Esta conclusão infirma a assertiva de que as deliberações governamentais, que se apoiam sobre os deveres constitucionais, sejam sempre classificadas como decisões meramente políticas, sem esbarrar no sistema jurídico.

A toda evidência, o que está vedada é a sobreposição do sistema jurídico sobre o sistema político, sendo esta a razão pela qual o magistrado, sob a intenção de proteger o sistema jurídico, não pode decidir baseado estritamente em interesses políticos¹⁷⁶. O reconhecimento da imprescindibilidade de diálogo entre o político e o jurídico exige,

¹⁷² Comungamos do mesmo entendimento de Alexandre Santos de Aragão de que o caráter político reveste todas as funções do Estado, o que inviabilizaria uma categoria autônoma denominada de ato político: “Para os que, como nós, consideram o caráter político um aspecto que reveste, com maior ou menor intensidade, todas as funções e atos do Estado, e que ele não importa exceção absoluta ao controle jurisdicional, os atos políticos praticados pela Administração Pública também teriam a natureza de atos administrativos ainda que dotados de elevadíssima discricionariedade”. (*Teoria geral dos atos administrativos* – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. p. 41)

¹⁷³ “Proclamar a imunidade jurisdicional da Administração sobre os atos de governo, implica, nem mais nem mesmo, consagrar que Administração pode agir nesse campo sem limite algum, inclusive atropelando direitos mais elementares e óbvios dos cidadãos, pois não existem meios técnicos”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, p. 180)

¹⁷⁴ “Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como mecanismos de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico”. (NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*, p. 191-192)

¹⁷⁵ “Embora exista um largo espaço reservado à atividade política, não se pode olvidar que as normas jurídicas (constitucionais ou legais) também exercem um papel de realce, impondo limites à atividade política na definição e execução de políticas públicas.” (BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 68).

¹⁷⁶ NOJIRI, Sérgio. Op. cit., p. 193-194.

em contrapartida, a delimitação da esfera de abrangência de cada sistema, evitando interferências ilegítimas e antidemocráticas.

No contexto atual, não se pode desconsiderar que valores políticos insertos na Carta Constitucional também permeiam os princípios jurídicos, sejam eles explícitos ou implícitos, e, estes, por sua vez, irão conformar a interpretação das regras constitucionais¹⁷⁷. No texto constitucional é possível verificar a convivência complementar entre as políticas (*policies*), enquanto metas governamentais, com os princípios jurídicos (*principles*), os quais funcionam como influxos ético-jurídicos e proporcionam a vinculação dos órgãos dos Poderes Públicos à observância das metas e objetivos¹⁷⁸.

A ética, que é parte integrante dos valores democráticos, permeia a ação política e também se exterioriza por meio de um quadro de prescrições normativas:

“A ação democrática pressupõe o outro, reconhecer o outro, compreender o outro, trabalhar com o outro. Ética de convivência social, reconhecimento em oposição à neutralização, implica a arte da convivência dos confrontos e contraposição. Desta relação social são colhidos valores que deverão ser publicizados, generalizados, universalizados. Eles comporão a política e se tornarão impositivos, por se evidenciarem na forma jurídica como princípios normativos. Aqui se constrói uma ética social e de ação estatal de onde emanam direitos, deveres e garantias. No texto normativo do Estado Social a ética se explicita juridicamente como vetor de condutas públicas. Está no direito, não obstante seja construída a partir do reconhecimento dos elementos do concreto”¹⁷⁹.

Política e Direito são, reconhecidamente, fenômenos distintos. Contudo, isto não quer dizer que um não possa produzir repercussões na esfera do outro. O Direito, como um sistema de regramento social, é essencial para delimitar os contornos da função política e, uma vez delimitado o espaço político, a função jurisdicional não pode

¹⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constitucional...* cit., p. 161-162.

¹⁷⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66. Sobre o traço de juridicidade às políticas públicas: “Por isso se diz que qualquer atuação dos poderes políticos (incluindo o governo), vinculada pelo Direito, tanto se tem um conteúdo político ou não, é fiscalizável pelos juízes e tribunais ordinários, se bem que, isso sim, na medida estrita da sua vinculação jurídica. Vinculação que – se não à lei, ao menos à Constituição e ao Direito, existiria sempre, ainda que somente seja através dos direitos fundamentais (o que não é pouco) ou dos princípios constitucionais e princípios gerais do direito que regem a atuação de todos os poderes públicos”.

¹⁷⁹ DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política... cit., p. 134-135.

atropelar esta liberdade outorgada pelo sistema jurídico ao exercício político, desde que a atividade política obedeça e se restrinja ao seu espaço de deliberação.

Este espaço de deliberação denomina-se discricionariedade, fenômeno que se enquadra no regramento inerente ao Direito Administrativo. Esta maior liberdade outorgada à Administração Pública, que permite a abertura da governabilidade, encontra-se na esfera da discricionariedade, que caracteriza os atos administrativos. Portanto, o diferencial que permite o maior controle jurisdicional dos atos provenientes da Administração Pública ou de Governo não está na diferença entre a natureza dos atos, mas no grau de discricionariedade que os caracteriza¹⁸⁰. Melhor explicando, os atos que advêm do Poder Executivo enquadram-se no conceito de ato administrativo e pelo Direito Administrativo são regidos. Ressalve-se que determinados atos, diante da permissão do exercício de um ato volitivo pelo ordenamento jurídico a ser perpetrado pelo administrador, são dotados de maior liberdade, desde que respeitem os limites estabelecidos pelos princípios do Direito Administrativo.

Pertinente destacar ainda os perigos de se compreender a existência de uma discricionariedade política, como pretende EDUARDO APPIO. Segundo este autor, a discricionariedade política advém dos deveres genéricos inscritos na Constituição Federal. Se esta liberdade de atuação política é conformada pela densidade normativa difusa e aberta das normas constitucionais, o que se conclui é que não há critérios de limitação desta atuação política do governante. Como também estes atos não estariam subordinados aos princípios do Direito Administrativo, nem mesmo aos limites inscritos no artigo 37 da Constituição Federal poderiam representar parâmetros de observância ao governante. Eficiência e moralidade não poderiam ser critérios que autorizassem a intervenção da esfera jurisdicional para a análise da validade dos atos que constituem o programa governamental.

Entender a discricionariedade e seus limites torna-se o ponto fulcral para a convivência harmônica e democrática dos pactos políticos e das normas pré-estabelecidas. Em razão disso, o tema será melhor desenvolvido no próximo Capítulo.

¹⁸⁰ Este também parece ser o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci: “(...) o entendimento da política pública como atividade administrativa redundaria, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, no conhecido tema de controle da discricionariedade administrativa, com seus também conhecidos problemas e limites. Daí, por esse prisma, não se reconhecer à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito” (*O conceito de política pública em direito*, p. 25). No mesmo sentido, a doutrina de LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 54).

2.4 Legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas

2.4.1. Interpretação jurisdicional versus discricionariedade administrativa

Como explicitado anteriormente, as políticas públicas devem ser compreendidas como programas governamentais, que visam à eficiência na consecução dos direitos inscritos no ordenamento jurídico, por intermédio de um agir racional e estratégico.

Consoante o sistema de repartição de funções estatais, esta atribuição foi franqueada ao Poder Executivo, que detém a prerrogativa de eleição dos modos de atuação para a concretização destes direitos, dentro dos limites de sua atribuição, bem como cabe a este Poder a escolha das prioridades entre os objetivos constitucionais, o que se faz necessário diante da escassez de recursos para a satisfação de todos os direitos previstos no ordenamento jurídico. Deve-se ressaltar que ao legislador também concorre à faculdade de implementar os direitos sociais contidos na Constituição Federal, estando autorizado a fazê-lo, contudo, de forma geral e abstrata, sem vincular o administrador às hipóteses concretas de atuação¹⁸¹.

Ainda de acordo com o sistema de repartição das funções estatais, ao Poder Judiciário foi outorgada a atribuição para a revisão dos atos praticados pelos demais Poderes, fazendo-se observar e cumprir a legislação em vigor e o texto constitucional, garantindo-lhe a força normativa necessária¹⁸². Vale repisar ainda que, com a

¹⁸¹ No entendimento de MARIA PAULA DALLARI BUCCI, as leis de plano emanadas pelo Poder Legislativo são importantes para evitar que o interesse público seja sacrificado pela alternância de poder. Contudo, a autora não entende razoável que as políticas de governo possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo e, ao final, pondera: “diante da dimensão assumida hoje pelo fenômeno da normatividade do Poder Executivo, é de se pensar que o mais adequado seria a realização das políticas públicas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* cit., p. 271). EDUARDO APPIO discorda parcialmente da autora, pois, segundo ele, a atividade legislativa seria imprescindível apenas quando a execução de uma política pública demanda a limitação de direitos fundamentais, sendo que, nos demais casos, ao Poder Executivo cabe adotar originalmente as medidas de cunho administrativo necessárias à execução de uma política pública, a partir dos objetivos fixados diretamente pela Constituição. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil...* cit., p. 95)

¹⁸² “A Constituição não se configura, portanto, apenas a expressão de um ser mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.

institucionalização do Estado Democrático de Direito, a atuação do Judiciário ganha contornos inovadores, inserindo-a no debate dos mais importantes temas que permeiam os destinos da sociedade.

Alinhado com estas premissas, foi possível concluir que, se as políticas públicas representam a técnica governamental para se atingir os objetivos preconizados pelo constituinte, não há razão de excluí-las, de forma peremptória e integral, da apreciação e contribuição judicial¹⁸³.

O fenômeno da procedimentalização no âmbito da Administração Pública para a formulação e execução de políticas públicas foi deflagrado diante da complexidade e da diversidade dos conflitos advindos da sociedade atual, perfazendo-se como método facilitador da distribuição equitativa, equilibrada e racional dos bens comuns na esfera governamental, atingindo, desta forma, os objetivos traçados pela Constituição Federal. E é justamente o fim almejado pela política pública, ou seja, o direito a ser concretizado, que representa o elo entre as políticas públicas e a atividade jurisdicional, pois, se aquelas são o meio para a satisfação do direito, podem, por seu planejamento, execução, ou até omissão, tornarem-se ameaças ou violações concretas a estes direitos, que, por mandamento constitucional (artigo 5.º, XXXV, da CF), não podem ser excluídas da apreciação jurisdicional¹⁸⁴.

Restou exposto ainda que as políticas públicas são constituídas por uma estrutura complexa e heterogênea, conformadas por procedimentos coordenados e determinadas por uma atuação gerencial, em que há abertura para serem traçadas opções de natureza ideológica, com maior espectro de liberdade na elaboração de programas e projetos pelos governantes, que nada mais é do que a expressão da discricionariedade

Gilmar Ferreira Mendes. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128)

¹⁸³ “Todas as funções do Estado estão comprometidas com a realização das metas de realização do bem-estar da população, expressas ou não no texto constitucional; não há, de início, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação daqueles objetivos”. (CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 287)

¹⁸⁴ Neste sentido: “Com a definição desse complexo de processos administrativos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam nítidas, sem perder sua unidade, de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas, mas garantindo-se sempre o controle judicial, não importa em que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado”. (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 58)

inserta no ato administrativo. Da mesma forma, as diretrizes políticas recebem influxos dos parâmetros ético-jurídicos irradiados pelos princípios constitucionais, estabelecendo um diálogo entre liberdade do governante no planejamento estatal e sua vinculação aos preceitos que perfazem a juridicidade da norma.

Deve-se reconhecer que os limites do diálogo entre a política e o Direito, contudo, não parecem claros à luz da leitura constitucional e até mesmo da legislação infraconstitucional. A vinculação normativa existe, mas é tênue a fronteira que separa a atividade hermenêutica do jurista e a liberdade para a deliberação política, expressa, como demonstrado, pelo dever discricionário do administrador. A baixa densidade normativa das normas constitucionais e a indeterminação dos conceitos insertos na legislação infraconstitucional concorrem para a dificuldade de se estabelecer uma linha rígida entre a atividade hermenêutica e a discricionariedade administrativa. Daí o necessário delineamento entre estes dois institutos.

Ao Poder Executivo cumpre o desempenho das funções administrativas, as quais incluem o direcionamento e a execução do *munus* estatal, com atuação estreitamente vinculada aos contornos do princípio da legalidade¹⁸⁵. Com isso quer-se dizer que a atuação administrativa tem que respeitar os limites impostos pela legislação e também deve ser deferente aos princípios constitucionais – como a moralidade, a eficiência, a impessoalidade e a proporcionalidade, – e ao interesse público, mesmo que se esteja diante de um ato discricionário.

Quando a lei delimita com precisão e objetividade os elementos que perfazem a conduta do administrador público, diz-se que o ato é vinculado, sendo, neste caso, possível apurar o comportamento único e ideal ajustável ao caso concreto, sem possibilidades de escolhas ao administrador.

O ato discricionário, por sua vez, também encontra respaldo no princípio da legalidade, mas os elementos normativos que lhe servem de abrigo são inscritos por um

¹⁸⁵ Importante a ressalva de MARIA SYLVIA DI PIETRO: o princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, razão pela qual a conclusão de que, para cada ato administrativo, cada decisão administrativa, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos não prospera. A legalidade pode-se dividir em legalidade e reserva da lei ou legalidade estrita. A primeira tem maior espectro de discricionariedade, diante da legislação mais genérica, já a segunda é regulamentada pela legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade. A autora conclui que os atos que impliquem em restrições ao exercício dos direitos têm que ter previsão em lei formal ou em atos normativos que tenham a mesma força de lei (medida provisória ou lei delegada) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 59-60).

conteúdo impreciso, em razão dos termos vagos e elásticos que os constituem. Assim sendo, para o cumprimento desta norma, é necessária a intervenção do juízo subjetivo do administrador, franqueando significado a estes elementos fluidos, moldando-os de acordo com o caso concreto¹⁸⁶.

Se o ato discricionário pode ser fruto dos termos vagos insertos na lei, é possível concluir também pela inclinação à defesa de que o administrador está autorizado a dar real significado aos elementos normativos indeterminados. Diante desta constatação, descortina-se uma relação diretamente proporcional entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Pode-se afirmar que a atividade intelectual para a apreensão dos conceitos jurídicos indeterminados confere espaço para o exercício da discricionariedade administrativa¹⁸⁷. Portanto, a margem de discricionariedade é diretamente influenciada pela característica difusa e aberta dos princípios constitucionais e pelos conceitos jurídicos indeterminados inscritos na legislação. A impossibilidade de definição do conteúdo normativo de forma objetiva e exaustiva pelo legislador ou constituinte, utilizando-se assim dos conceitos fluidos, aptos a oportunizar alternativas de conduta diante da análise das situações do caso concreto, significa a delegação de poderes políticos ao administrador público de fazer efetivamente tais opções, após o devido exame das particularidades do caso concreto.

É certo que as conclusões acima exaradas devem se coadunar com as demais funções estatais, entre elas o poder jurisdicional, a fim de delimitar o espaço da interpretação jurídica pelo órgão julgador e da intervenção subjetiva do administrador, no exercício da discricionariedade.

Inicialmente, impende-se ponderar que a prerrogativa de deliberação política outorgada ao Poder Executivo pela Constituição Federal não se torna poder absoluto, mas, ao contrário, é limitada pelos objetivos e conteúdos sociais subjacentes às normas constitucionais, ainda que expressos de forma genérica, os quais nada mais são do que princípios políticos pré-determinados, consubstanciados em um consenso mínimo

¹⁸⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO descreve os aspectos que serão alvos de interferência do juízo subjetivo do administrador público: a) quanto ao reconhecimento ou determinação da situação fática; b) no que concerne ao agir ou não agir; c) no que atina à escolha da ocasião para fazê-lo; d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato; e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea para satisfazer a finalidade legal. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17)

¹⁸⁷ Esta tese é defendida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na obra “*Discricionariedade e controle jurisdicional*” da qual também compartilhamos.

oponível a qualquer governante que ocupe o poder. Deste modo, a contrariedade a estes elementos que caracterizam o Estado Democrático de Direito torna, até mesmo os atos políticos, alvo de revisão judicial.

Assim, se por um lado se reconhece que os agentes políticos detêm limites mais alargados para decidir sobre os direcionamentos do planejamento e execução das políticas públicas, justamente em razão de seu *munus* político-constitucional ser qualificado pela possibilidade de realizar opções de natureza ideológica, por outro, não se pode desconsiderar a finalidade dirigente das normas constitucionais, ainda que inscritas por um conteúdo fluido e de baixa densidade normativa. Tais normas, inegavelmente, vinculam o administrador.

Com fulcro na divisão das funções de Estado, é correto dizer que ao Poder Judiciário foi outorgado o papel intelectual para a busca do real significado da norma jurídica, cumprindo, assim, o papel de interpretá-la e, ao mesmo tempo, velar pela sua observância. A questão controvertida que se impõe é se existe uma única interpretação correta que deve ser extraída da norma jurídica, ou se existem várias interpretações razoáveis e válidas. O questionamento tem sua razão de ser, pois, se a conclusão for de que de só é possível extrair uma interpretação correta, é inevitável o entendimento de que Poder Judiciário, como órgão responsável pela função hermenêutica, deve ter a última palavra quanto ao real sentido outorgado aos conceitos jurídicos indeterminados, estando autorizado, portanto, a analisar todos os atos discricionários perpetrados pela Administração Pública. Neste caso, pode-se afirmar que a legitimidade para o controle jurisdicional de políticas públicas está preconizada sobre a atividade hermenêutica do Poder Judiciário, que, no desempenho de sua função estatal, pode entender inadequada a atuação subjetiva do administrador, impondo o conteúdo único inferido da norma tão somente vinculado aos olhares da função jurisdicional.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMAS RAMON FERNANDEZ defendem a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados são verificados apenas quando insertos no plano abstrato da norma. Quando aplicados a uma situação concreta, ganham consistência e univocidade, afastando-se da incerteza e, revelando, em contrapartida, apenas uma interpretação correta¹⁸⁸. Segundo os autores, é o Poder Judiciário quem

¹⁸⁸ “*Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce em uma indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa em cada caso*”. (...) *Lo que quiere decir exactamente es que em um caso dado la concreta*

define, no caso concreto, o exato conceito da norma, não deixando margem para a discricionariedade do administrador¹⁸⁹.

Repisa-se que, seguindo a inteligência deste entendimento, a esfera de interferência do Poder Judiciário na formulação e execução das políticas públicas encontra ampla abertura, pois é este poder que irá apurar, no caso concreto, se a Administração Pública atribuiu o único e correto sentido aos conceitos jurídicos indeterminados.

No entanto, esta compreensão parece reduzir excessivamente o espectro do poder-dever discricionário, e, em consequência, a liberdade política exercida pelo Poder Executivo, chave essencial para o desenvolvimento de programas estratégicos, que visam ao progresso social e econômico do país. Ademais, o entendimento parece tornar difícil o combate aos excessos do Poder Judiciário, que estariam sempre respaldados pelos amplos contornos de sua atividade exegética.

Pode-se afirmar também que perfilhar o entendimento de que o órgão julgador tem o dever de revelar um único conteúdo normativo ao texto constitucional ou legal é negar a ampla qualidade criativa da atividade interpretativa a cargo do juiz, questão muito difícil de ser defendida diante da compreensão dos sistemas hermenêuticos atuais¹⁹⁰. A evolução dos métodos de interpretação constitucional se deve à

conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una apreciación por juicios disyuntivos, en la expresiva fórmula alenana, ya no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente” (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. I. Madrid: Editorial Civitas: 1997. p 449). MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também comunga deste entendimento. Segundo a autora, a interpretação deve extrair o verdadeiro sentido da norma, sendo este único, o que exclui a possibilidade de mais de uma solução correta. Diferentemente, na discricionariedade a própria norma confere várias opções de escolha, o que se conclui após o exercício interpretativo. Deste modo, na lição da autora, “terminado o trabalho de interpretação, começa a discricionariedade”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição...* cit., p. 71-72)

¹⁸⁹ “*Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados um caso de aplicación e interpretación de la Ley que já creado el concepto, el juez puede ficalizar tal aplicación, valorando si la solución a que com ella se há llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley*”. (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo...* cit., p. 450)

¹⁹⁰ Para HANS Kelsen, a atividade interpretativa da norma incorpora a interpretação cognoscitiva e uma atividade volitiva do intérprete. Portanto, o intérprete escolhe uma das interpretações que foram obtidas pelo processo de conhecimento anterior. “Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que

desmistificação da crença de que as normas jurídicas em geral trazem um sentido único, preexistente, e que é função do intérprete a atividade de mera revelação deste conteúdo inserto na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo¹⁹¹.

Nessa linha de intelecção, pode-se afirmar que, deparando-se o magistrado com os conceitos “permeáveis” ou “porosos”, com as cláusulas gerais, e, ainda, com os princípios que delimitam apenas as finalidades a serem atingidas, é possível concluir que há autorização para certa dose de criatividade do órgão julgador¹⁹². A prova do poder criador do juiz encontra-se nos precedentes jurisprudenciais, os quais nada mais são do que a construção de um entendimento que não está disciplinado na norma, ganhando, a *ratio decidendi* extraída da sentença, caráter geral e abstrato, portanto, apta a ser aplicada aos casos futuros. Para a prova da criatividade judicial, pode-se destacar ainda a constatação da impossibilidade de haver direitos absolutos, os quais podem ser relativizados diante das peculiaridades do caso concreto¹⁹³. O controle desta criatividade está na observância dos métodos hermenêuticos, os quais impõem um ônus argumentativo denso ao órgão julgador de demonstrar os critérios legítimos e racionais que o levaram à determinada conclusão.

Deste modo, as teorias da argumentação jurídica¹⁹⁴ sustentam-se sob a premissa de que não há uma única interpretação possível para a norma jurídica, mas um

apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 390-391)

¹⁹¹ Colhe a doutrina de LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS: “A grande virada na interpretação constitucional deu-se a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização”. (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275)

¹⁹² “Assim a criatividade do Judiciário se pode exercer em face destes *hard cases* que, via de regra, são regidos por normas jurídicas positivadas que contêm conceitos “permeáveis” ou “porosos” ou, em certa medida, quando se tratar da incidência de cláusulas gerais ou, ainda, em casos cuja solução se subordine a princípios, que contêm diretivas gerais para que se decida, tendo, aliás, também a função de orientar a interpretação das próprias normas (em sentido estrito) aplicáveis”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário...* cit., p. 110)

¹⁹³ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 322.

¹⁹⁴ As teorias da argumentação surgiram por volta de 1950, com o redescobrimento dos conceitos como tópica, retórica e dialética. Em contraposição ao sistema jurídico fechado das teorias dedutivas e monológicas, abriu-se espaço para uma gama de métodos, pautados na forma plural de realização do direito, no embate e no cruzamento de várias opiniões e pontos de vista, assim como ocorre em um diálogo. Podem-se destacar as obras de Chäim Perelman, responsável pelo renascimento da retórica e

conjunto de soluções razoáveis e plausíveis. Estas teorias traçam parâmetros a serem observados na busca da razoabilidade da interpretação normativa pelo órgão julgador¹⁹⁵. Rompidas as barreiras da interpretação razoável pela discricionariedade do Poder Legislativo ou Executivo, é dever do Poder Judiciário intervir, a fim de impor os sentidos jurídicos aceitáveis, evitando-se distorções que possam comprometer a harmonia normativa do ordenamento jurídico e, principalmente, cumprindo-se com o papel democrático de equilíbrio entre as funções estatais.

Posto isto, alcança-se a seguinte assertiva: o poder jurisdicional pode exercer o controle dos atos discricionários quando estes estão pautados em uma normatividade aberta e porosa, apenas para declarar nulos aqueles atos administrativos que não se coadunam com uma interpretação razoável, esta analisada à luz dos critérios dispostos pelas teorias hermenêuticas atuais. *A contrario sensu*, o Poder Judiciário não está autorizado a anular os atos discricionários baseados no seu poder de interpretar a norma constitucional, quando o ato administrativo praticado encontra-se dentro do esquadro das diversas opções interpretativas aceitáveis no âmbito de sua aplicação¹⁹⁶. Sem dúvida, acrescente-se a possibilidade do tradicional controle jurisdicional em razão do desvio de poder ou finalidade e do controle do motivo do ato administrativo, os quais não encontram resistência na doutrina quando a matéria diz respeito ao mérito do ato discricionário.

Os atos advindos do Poder Executivo que visam à implementação de políticas públicas encontram-se na dimensão da conveniência e oportunidade do administrador,

Theodor Viehweg, responsável pelo renascimento da tópica. Estas teorias abriram caminho para novas vertentes, podendo citar como importantes as obras de NEIL MACCORMICK, ROBERT ALEXY, TOULMIN, entre outros. (NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito...* cit., p. 88).

¹⁹⁵ Os parâmetros empregados pelas teorias da argumentação serão melhor expostos no item 3.3.

¹⁹⁶ Compartilhamos integralmente do entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Ressalte-se, afinal, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos e que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível. Em ambos os casos o Judiciário pratica, desde logo, o ato de inteligência da lei, interpretando-a, confrontando-a com o caso concreto, para aferir se foi bem ou mal aplicada. Nenhuma diferença existe entre estas análises e em ambas a extensão da investigação judicial é a mesma. Assim, tanto em uma como em outra, se for o caso, terá que concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro de esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava, seja porque não excedeu a esfera de inteligência razoável de um conceito fluido, seja porque não se excedeu ao decidir que tal ou qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27)

ressalvadas determinadas políticas sociais que já foram regulamentadas em lei e que o vinculam. Desta maneira, o Poder Judiciário, na eventual análise de legalidade e constitucionalidade da atuação administrativa, não pode subjugar a ampla margem de escolha ofertada ao governante em seu *munus* de gerenciamento estatal.

Pode-se afirmar que, ressalvadas algumas hipóteses em que se está diante de atos vinculados, o campo das políticas públicas refere-se ao espectro da discricionariedade, a qual, por sua vez, relaciona-se a alternativas legítimas postas pelo poder normativo ao administrador, facultando a este último a escolha por uma destas possibilidades que se mostram razoáveis quando preenchidas pelos aspectos fáticos do caso concreto. Para realizar estas escolhas políticas, o administrador está autorizado a exercer uma verdadeira opção política, mas, repisa-se, circunscrito às alternativas razoáveis e legítimas dispostas no caso concreto.

Desta análise depreende-se que, quando levadas ao Poder Judiciário as questões concernentes às políticas públicas, a intervenção jurisdicional deve identificar a correta possibilidade de intervenção, sem esbarrar na violação do dever discricionário do Poder Executivo. Para tanto, necessário traçar os critérios pelos quais a atividade de interpretação deve perfilar.

2.4.2 Breves reflexões sobre a interpretação constitucional

Restou concluído nos itens anteriores que os conceitos abertos e fluidos servem de espaço para o exercício da discricionariedade do gestor público, ilidindo a possibilidade de intervenção jurisdicional quando esta é exercida sob o pálio de outorgar a única interpretação correta à norma jurídica. Demonstrou-se ainda que a liberdade política do administrador encontra restrição quando a sua atuação volitiva de dar sentido à norma não se insere dentro do espectro razoável de interpretação.

Deste modo, faz-se necessário traçar os parâmetros interpretativos que direcionam o órgão julgador na tarefa de descortinar os sentidos da norma jurídica, de modo a identificar o campo razoável de interpretação, que perfaz a moldura que o controle jurisdicional não pode romper, funcionando, assim, como uma verdadeira armadura contra a indesejável politização da justiça.

Esta tarefa mostra-se complexa quando o objeto versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Caracterizados pela baixa densidade normativa, não há uma conceituação exata sobre o conteúdo destes direitos, mas apenas a sua menção no corpo constitucional ou, em determinados casos, apenas são traçadas algumas diretrizes que não são suficientes para delinear a moldura exata da dimensão de tais direitos. Assim, cabe à hermenêutica a função de extrair nos casos concretos o conteúdo do direito à moradia, do direito à saúde, do direito ao lazer, entre tantos outros.

Os exemplos acima citados são os denominados *hard cases*, muito comuns quando o tema versa sobre políticas públicas. Nestes casos, as soluções necessitam dos instrumentos de equacionamento entre a função hermenêutica do jurista e o poder político dos governantes, o que envolve a descoberta do sentido pretendido pelas metas inscritas na Constituição, dos direitos constitucionais prioritários, do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, sem descurar de ponderar estes parâmetros com as possibilidades orçamentárias, pois não há dúvidas de que políticas públicas exigem gastos públicos.

É afirmado neste trabalho que o processo de revelação do conteúdo da norma jurídica desvencilhou-se de um sistema mecânico e irremediavelmente lógico do Estado Liberal. A hermenêutica atual paira sobre um procedimento discursivo, em que seus partícipes têm a oportunidade de estabelecer um agir comunicativo, com a construção pública do significado da norma jurídica, culminando em um processo legitimado pelo consenso e pela persuasão¹⁹⁷.

Esta relação dialógica que perfaz a hermenêutica contemporânea envolve a solução de conflitos normativos, desvelando a oposição entre valores e opções políticas. Faz-se necessário evidenciar métodos hermenêuticos que não subjuguem a complexidade da questão em foco e garantam, ao mesmo tempo, a segurança jurídica aos destinatários da norma, ilidindo-se o decisionismo judicial.

¹⁹⁷ “O ambiente em que se realiza o direito não mais se limita ao juiz (ou genericamente ao intérprete) e à norma jurídica. Agora que se tem um diálogo, além do juiz e da norma, tem-se também uma série de argumentos e pontos de vista, construídos publicamente (pluralidade de sujeitos), que são levados em consideração na criatividade inerente à produção jurídica. Nesse esquema, novos aspectos têm fundamental relevância como o consenso (já que o diálogo é público) e a convicção ou persuasão (já que a decisão deverá ter autoridade e ser eficaz).” (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *A teoria da tópica jurídica...* cit., p. 71).

O ponto de partida para o alcance de tal desiderato é não menosprezar a subsunção como método interpretativo das normas jurídicas, ainda no contexto atual.

A evolução da hermenêutica paira sobre a reflexão e o questionamento do modelo da dogmática jurídica que compreende o intérprete como mero operador de um sistema mecânico, eminentemente lógico, e sem qualquer preocupação com o conteúdo material das normas com as quais opera.

Diante do contexto social atual, a compreensão do órgão julgador como mero reproduzidor de um sentido normativo já concebido pelo ordenamento não mais subiste. Mas isso não quer dizer que as bases do positivismo jurídico estejam desmoronadas e que o sistema de subsunção seja um método falho para o alcance do verdadeiro sentido da norma.

Há quem defenda a tese de que as bases do positivismo continuam sólidas e que as críticas de atuação meramente declaratória do exegeta-aplicador podem ser sanadas pela construção de um positivismo reflexivo, por meio da avaliação de sua funcionalidade na busca dos objetivos sócio-regulatórios, e de um positivismo integral, que leve em conta a tríplice estrutura do fenômeno jurídico, salientando-se a imbricação entre a realidade social e os valores axiológicos¹⁹⁸. Outros inclinam-se a defender o fracasso político do modelo positivista, após o novo contexto que compreende o diálogo entre princípios, regras e valores e que conformam uma nova hermenêutica constitucional, denominando esta fase de pós-positivismo¹⁹⁹.

Independente da corrente que se filie, seja ao positivismo revisitado ou ao pós-positivismo, duas conclusões lhes são inescapáveis: a primeira é de que o raciocínio

¹⁹⁸ Esta é a visão de ELIVAL DA SILVA RAMOS, que rebate as críticas daqueles adeptos ao neoconstitucionalismo, os quais julgam superada a concepção positivista de fontes do direito em razão de ter a Constituição suplantado a lei formal. Aduz o constitucionalista que isso em nada afetou a Dogmática positivista por não dizer respeito a um elemento essencial e sim accidental ou conjuntural dessa vertente teórica apresentada de autores europeus anteriores à consolidação da jurisdição constitucional. Acrescenta ainda que Hans Kelsen, um dos mais representativos juristas filiados ao positivismo, posicionou a Constituição no ápice da pirâmide hierárquica. (RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 54-64).

¹⁹⁹ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética”. (BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história...* cit., p. 278-279)

subsuntivo é o método racional e ordinário para a busca do sentido da norma jurídica²⁰⁰. A segunda paira sobre o reconhecimento da insuficiência do silogismo clássico para a solução de conflitos jurídicos que envolvam normas de baixa densidade normativa e para os quais os critérios tradicionais para a solução das antinomias são ineficazes²⁰¹.

Para preencher estas lacunas, a doutrina propõe técnicas jurídicas para a solução dos conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão. Neste sentido, tem-se na doutrina a técnica da ponderação, o princípio da proporcionalidade, os postulados hermenêuticos²⁰², todos processos de justificação que se utilizam da dialética argumentativa para a construção do razoável significado da norma jurídica, apresentando vetores interpretativos, a fim de garantir a segurança jurídica e a racionalidade, qualificativos necessários à legitimidade de qualquer decisão judicial.

A introdução desta temática no Brasil se deu após a divulgação da importante contribuição de RONALD DWORKIN²⁰³ e ROBERT ALEXY²⁰⁴, os quais trouxeram ao

²⁰⁰ Na visão de ANA PAULA DE BARCELLOS: “Todos os elementos de interpretação tradicionais referidos acima operam, em última análise, sob a lógica da subsunção, que continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito. (...) Do ponto de vista metodológico, porém, a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior. Isso é que ocorre quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Neste contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamento tentará isolar uma única premissa maior para o caso”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade...* cit., p. 31-32).

²⁰¹ MANUEL ATIENZA afirma que o silogismo clássico pode ser utilizado nos casos simples, ocupando-se a Teoria da Argumentação Jurídica dos denominados *hard cases*.

²⁰² Trata-se de classificação proposta por HUMBERTO ÁVILA. Segundo o autor, os postulados normativos seriam as condições essenciais de interpretação e se distinguem por serem normas que orientam a aplicação de outras normas. Para o autor, os postulados não coincidem com a natureza dos princípios e das regras, em razão de não serem normas imediatamente finalísticas, mas metódicas. A ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso seriam espécies de postulados inespecíficos, pois exigem o relacionamento entre os elementos (bem, interesses, valores, razões, direitos, princípios), sem especificar quais são os elementos e critérios que devem orientar a relação entre eles. Já a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade são exemplos de postulados normativos específicos, pois se relacionam a elementos específicos, de espécies determinadas. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p. 133-191)

²⁰³ “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa a cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* cit., p. 42-43)

²⁰⁴ “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de

debate nacional as diferenças entre as modalidades normativas das regras e princípios, e, também da técnica da ponderação. Para esta importante doutrina, as técnicas de solução de conflitos envolvem a modalidade normativa de princípios, pois nestes estariam expostos os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. E, no caso concreto, quando entram em rota de colisão, é concedido peso maior a um dos princípios, sem que o outro perca a sua validade.

Acompanhando a doutrina de HUMBERTO ÁVILA, que faz pertinentes críticas à doutrina acima descrita, pode-se afirmar que a ponderação não se mostra apenas técnica para a colisão entre os princípios, mas também pode se estender às regras, pois estas nem sempre se enquadram na dinâmica do “tudo ou nada”. Admite-se, portanto, que razões contrárias possam se sobrepor em determinados casos, sem que a regra possa ser invalidada.

Assim, torna-se possível que as regras convivam no plano abstrato, e, no caso concreto, entrem em conflito, sendo necessário sopesá-las²⁰⁵. Ainda segundo HUMBERTO ÁVILA, a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo²⁰⁶, discordando, também neste ponto, das doutrinas de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY.

Nesta linha de raciocínio, compartilha-se do entendimento de que a ponderação pode ser técnica interpretativa aplicável tanto às regras, como aos princípios.

Os questionamentos e as críticas doutrinárias destinadas à ponderação apontam tratar-se de técnica composta de fórmula vazia, sem conteúdo material definido,

exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 93-94)

²⁰⁵ “Ora, se o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele decide pela existência de razões maiores para a aplicação de um princípio em detrimento do outro. O mesmo ocorre com a exceção à regra: o aplicador decide haver maiores razões para a aplicação da exceção em detrimento da regra. Tanto num quanto noutro caso, há sopesamento de razões e de contra-razões”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* cit., p. 55-56)

²⁰⁶ Para o autor, o traço distintivo entre princípio e regra encontra-se no grau de abstração maior do primeiro em relação à regra no momento anterior à interpretação. (Op. cit., p. 40/56)

outorgando margem exagerada de discricionariedade judicial e servindo para franquear excessivo poder político ao Poder Judiciário em prejuízo dos demais Poderes²⁰⁷.

Para afastar tais críticas, em primeiro lugar, se faz imprescindível que a decisão deva ser preconizada sobre argumentos jurídicos. Vale reafirmar que a legitimidade para a intervenção do Poder Judiciário na judicialização da política subjaz no espectro jurídico-político das normas constitucionais. Portanto, o magistrado jamais pode se distanciar dos elementos presentes no ordenamento jurídico em suas razões de decidir, caso contrário, estará no âmbito da discricionariedade jurisdicional pura²⁰⁸, imbuído de um moralismo particular abominado pelo Estado constitucional e democrático.

Neste processo de justificação, a racionalidade se faz ingrediente indispensável para a compreensão e para o controle do raciocínio do julgador. Mas, diferente da fórmula quase matemática vigente nos albores do Estado Liberal, a razão, nos moldes atuais, encontra-se na possibilidade de universalidade do discurso jurídico. Para melhor explicar, utilizam-se as palavras de ANA PAULA DE BARCELLOS:

“Espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos”²⁰⁹.

Assim, pela doutrina acima citada, pode-se afirmar que a razão da ponderação deve-se pautar na construção pública do sentido normativo, preconizado sobre os

²⁰⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos sociais fundamentais*. (Dissertação de Mestrado). Curitiba: Faculdade Federal do Paraná, Curso de Direito, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013. p. 70-71.

²⁰⁸ “Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar argumentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja: não bastam o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não se custa lembrar que, em um Estado Democrático de Direito, o judiciário apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei”. (BARROSO Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história...* cit., p. 293)

²⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional...* cit., p. 126. Neste sentido, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO: “O Poder Judiciário e especialmente as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública. Como suas decisões não se legitimam pelo voto popular, devem ser ater ao desiderato de contribuir para a consolidação das condições para a cooperação social”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*, p. 148)

valores aceitáveis por todos os cidadãos razoáveis e racionais, baseado na lógica argumentativa e consensual.

Ademais, como mecanismo inerente à ponderação, a norma pode ter a sua intensidade graduada no caso concreto, após o detido exame das normas em colisão e das circunstâncias fáticas que perfazem o conflito. Mas, para saber o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada, utiliza-se o vetor condutor expresso nos pilares do princípio da proporcionalidade²¹⁰.

Nesta linha, o princípio da proporcionalidade²¹¹, implícito em nosso ordenamento jurídico²¹², concorre para a exigência cognitiva de elaboração racional do Direito²¹³ quando o magistrado se depara com o sopesamento de normas inscritas no ordenamento jurídico, que apresentam elementos vagos em seu enunciado prescritivo.

Como exposto, este princípio servirá de diretriz ao julgador, pois representa o mandamento de otimização do respeito máximo do direito fundamental, na medida do que é jurídico e faticamente possível. Em suma, trata-se de regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada principalmente quando um ato estatal, destinado a promover um direito ou interesse coletivo, implica na restrição de outro direito coletivo²¹⁴.

O critério jurídico da proporcionalidade pauta-se em três subprincípios. O primeiro deles é denominado de proporcionalidade em sentido estrito, o qual exige correspondência entre o fim almejado pela norma e o meio empregado para a consecução do direito. Os demais são os subprincípios da adequação e da exigibilidade

²¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...* cit., p. 335.

²¹¹ Para LUIS ROBERTO BARROSO, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são sinônimos (BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 23, p. 65-78, São Paulo, RT, 1998). Em sentido contrário: WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.) e VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, São Paulo, RT, 2002.).

²¹² Segundo EDUARDO CAMBI, a noção de proporcionalidade e razoabilidade encontram fundamento no artigo 5.º, LIV, da Constituição Federal, que prevê a garantia do devido processo legal em sentido substancial. (CAMBI, Eduardo; *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 463)

²¹³ Expressão utilizada por WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO na obra “Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade”. Op. cit., p. 52.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...* cit., p. 24. Ainda sobre a proporcionalidade: “O princípio da proporcionalidade quer dizer, finalística e essencialmente isto: fazer concordar os valores e princípios e, quando um tiver que preponderar sobre outro, cumpre salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, o princípio em colisão”. (FREITAS; Juarez. Op. cit., p. 330)

que correspondem àquilo que é faticamente possível, com a aferição, no primeiro caso, se o meio escolhido se presta a atingir o fim estabelecido; e, quanto à exigibilidade, esta se prende à verificação de não haver outro meio menos danoso aos direitos fundamentais²¹⁵. Em primeiro lugar, deve ser analisada a adequação, seguida da necessidade e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito²¹⁶.

Sem qualquer pretensão de ter esgotado a matéria sobre os métodos interpretativos das normas constitucionais, algumas premissas importantes foram abordadas antes de se adentrar o tema de sistematização dos parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Assim, sistematizando-se a matéria, tem-se que, em primeiro lugar, deve-se analisar a possibilidade de utilização do raciocínio pautado na subsunção do fato à norma. Não sendo adequada esta técnica interpretativa, passa-se ao critério de ponderação, o qual deve estar alinhavado sobre uma relação argumentativa e fundamentada, extraíndo-se a sua racionalidade da demonstração pública da universalidade dos argumentos expostos, ou seja, da possibilidade de se alcançar um consenso diante da lógica razoável dos argumentos. Como técnica para mensurar o grau da dimensão da normatividade dos princípios e regras, utilizam-se dos critérios que perfazem a regra da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando a mensurar a dimensão exata dos princípios em colisão.

2.4.3 Parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário

Equilíbrio entre as funções estatais.

Esta é a expressão chave na qual devem se apoiar os argumentos que visam a embasar os parâmetros estabelecidos para o controle jurisdicional de políticas públicas.

²¹⁵ Idem, p. 52-53.

²¹⁶ A observância da ordem cronológica é pertinente, pois nem sempre o magistrado terá que analisar todos os subprincípios. Se o caso foi solucionado com a análise da adequação, a necessidade não será apreciada, bem como se for solucionado pela necessidade, não se chegará na regra da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...* cit., p. 26)

Sob a égide desta relação de equilíbrio, deve-se partir sempre da premissa de que a intervenção jurisdicional no âmbito dos programas governamentais não se presta a servir de autorização para a sobreposição do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, muito menos visa a diminuir a importância e a capacidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo em deliberar quanto ao modo de atuação para o alcance dos objetivos constitucionais. Defender a legitimidade democrática do Poder Judiciário para intervir nos assuntos de interesse social não significa infirmar a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, pois cada um deve estar alinhavado na sua esfera predominante de atuação, sem hierarquia ou grau de importância, mas todos engendrando esforços para convergir ao compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais.

Para que não haja inversão de valores e de papéis institucionais, devem ser apontados os reais limites para a intervenção do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas.

Reconheceu-se ao longo deste trabalho que a discricionariedade faz parte da genética dos atos resultantes da função governamental, permitindo ao administrador eleger os meios para a formulação dos programas governamentais destinados à efetivação dos direitos sociais. Esta constatação restringe a possibilidade de o Poder Judiciário, aleatoriamente, vir a substituir as atividades de gestão pública, desautorizando a anulação das decisões administrativas, a fim de incorporar, em seu lugar, a discricionariedade jurisdicional.

Portanto, está traçado o primeiro parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas: deve-se reconhecer a competência constitucional do Poder Legislativo e do Poder Executivo em formular programas estratégicos para a efetivação dos direitos fundamentais, sendo o primeiro pela via legislativa, determinando-se os critérios de forma genérica e abstrata, e, o segundo, por intermédio de atos e procedimentos administrativos, atuando com metas e resultados de uma situação concreta.

Tais Poderes são devidamente estruturados para o desempenho destas funções e contêm informações e recursos necessários para dar início à projeção e à execução de programas governamentais, que servem de canais facilitadores para a melhor distribuição e alocação dos bens comuns. Não obstante, os agentes políticos que os compõem sejam eleitos democraticamente pelo voto popular, com mandato para

representar os interesses dos cidadãos nas escolhas das estratégias e das prioridades quanto à consecução dos valores sociais perseguidos.

Com isso, quer-se afirmar que a intervenção jurisdicional nos assuntos que se correlacionam às políticas públicas tem caráter excepcional. Noutros termos, o Poder Judiciário desempenha uma atividade apenas corretiva em caso de constatação de que as funções estatais desvirtuaram-se do interesse público na elaboração ou execução de políticas públicas ou, até mesmo, em caso da constatação de omissão dos governantes eleitos, quando lhes é dever agir para salvaguardar direitos albergados pelo ordenamento jurídico. Portanto, é a ação ou omissão injustificada dos demais Poderes, no desempenho de suas funções típicas, que, por se tornarem ameaças ou violações a direitos, tornam-se alvo de escrutínio judicial²¹⁷.

Para o desempenho desta autorização extraordinária de intervenção do poder jurisdicional, é preciso constatar, no caso concreto, que a ação ou a omissão do gestor público na elaboração dos programas para efetivação dos direitos desvirtua-se das finalidades sociais e éticas insertas nos vetores legais e constitucionais. A tarefa não parece simples, pois requer o justo equilíbrio entre o exercício técnico e político desempenhado pela Administração Pública e o resguardo do sentido social e político da norma, extraído por meio da interpretação a ser desempenhada pelo Poder Judiciário. A linha que separa estas funções é tênue, mas ainda assim o campo de atuação de cada uma delas deve ser necessariamente observado, sob pena de comprometimento dos valores democráticos, como anteriormente advertido.

Passo seguinte, deve-se investigar o conteúdo da norma jurídica supostamente violada pelo Poder Público. Deve-se ponderar que nem sempre as normas se perfazem por meio de um conteúdo aberto e poroso. Em determinados casos, elas são constituídas por termos precisos, culminando na extração de um conteúdo certo e determinado. Cuidam-se dos atos administrativos vinculados, em que o espectro de liberdade para a deliberação política pelo administrador é impossibilitado e, em contrapartida, a margem de atuação jurisdicional é elevada.

²¹⁷ “É correto afirmar, por conseguinte, que o Poder Judiciário não formula políticas públicas originalmente. Se vier a fazê-lo é porque o Poder que deveria tê-lo feito não agiu ou fez com vícios. É essa excepcionalidade, subsidiariamente, aliada ao fato de o Poder Executivo já ter exercido sua opção, que afasta qualquer alegação de transgressão à separação de poderes ou à discricionariedade administrativa”. (ROCHA JR., Paulo Sérgio Duarte da. Controle jurisdicional de políticas públicas. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2008. p. 15)

Neste caso, há a previsão de uma política pública formulada pela Administração Pública, que passa a ser viciada pela inobservância de aspectos formais e materiais, inscritos na legislação infraconstitucional ou por meio de regras constitucionais, ambas vinculativas, aptas a gerar ao jurisdicionado um direito subjetivo imediatamente exigível²¹⁸.

Nesta hipótese, há vinculação do modo de atuação, por meio de regras pré-determinadas, condicionando a atividade administrativa a determinado modo de atuação, sendo defeso ao administrador público fazer escolhas que contrariem a determinação legal ou constitucional. Desta maneira, a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas torna-se mais clara quando a política pública delineada pelo Poder Executivo afronta determinação legal ou mandamento constitucional, descritos por intermédio de um conteúdo definido, sem margem para escolhas de realização ou não daquele direito subjetivo outorgado pela lei ou pela Constituição Federal.

Neste mesmo contexto, o vício identificado pela revisão jurisdicional pode ocorrer também em decorrência da omissão do administrador público, contrariando as normas legais ou constitucionais, as quais contêm prescrições impositivas a este poder, sem qualquer margem de indeterminação, vinculando-o a agir com o fim de regulamentar e de proporcionar o gozo de um benefício ou de um direito social. Nesta hipótese, a inércia do Poder Executivo enseja a possibilidade de intervenção jurisdicional, autorizando o magistrado a regulamentar o cumprimento de programa específico em substituição ao administrador público, e garantir, por fim, a efetividade do direito social. Reitera-se, portanto, que o magistrado tem o poder-dever de adotar uma atuação positiva, e, indubitavelmente, mantém-se vinculado ao conteúdo contido nas normas.

Além dos direitos subjetivos constitucionais, há regras orçamentárias que se encontram objetivamente dispostas na Constituição Federal, determinando a vinculação de percentual mínimo de recursos públicos destinados às áreas de interesse social, como

²¹⁸ O exemplo de uma política pública previamente definida na Constituição Federal refere-se ao acesso ao ensino fundamental, *ex vi* do artigo 208 da Constituição Federal: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – Ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (...) § 1.º: O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

saúde e educação²¹⁹. Essas rubricas orçamentárias devem estar efetivamente comprometidas com tais fins sociais, pois, em caso de desvio destas verbas, legítimo o controle pela instância judicial²²⁰.

A despeito de tratar-se de critério objetivo, há evidentes dificuldades para se aferir os reais valores que correspondem aos percentuais constitucionais, bem como há claros empecilhos para a realização da investigação de que tais recursos foram efetivamente investidos segundo os ditames constitucionais, sendo que, em muitos casos, o déficit informacional torna-se o verdadeiro obstáculo para o controle orçamentário²²¹. Contra essa barreira, a introdução recente em nosso ordenamento jurídico da Lei 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação, tem a pretensão de trazer novos auspícios pautados na transformação do paradigma da transparência no âmbito do interesse público, reforçando o imperativo do dever de informação.

Superadas as dificuldades de informação e demonstrada, no caso concreto, a inobservância dos parâmetros orçamentários mínimos, pode-se afirmar que o controle das políticas públicas encontra respaldo também na dimensão ética das regras orçamentárias²²². Deve-se apenas sublinhar que tais critérios objetivos não afastam definitivamente todas as dúvidas quanto ao conteúdo dos direitos constitucionais à

²¹⁹ Entre os dispositivos constitucionais podemos citar: 1) Artigo 198, 2.º: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I- no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto de arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, I, alínea *a*, e II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III- no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, I, alínea *b* e § 3º; III- a receita obtida pelas contribuições sociais previstas no artigo 195 deve ser investida no custeio da seguridade social, cujo objetivo é assegurar, nos termos dos artigos 194 e 195, direitos relativos à saúde, à educação, e à assistência social. 2) Artigo 212: A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

²²⁰ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas...* cit., p. 182.

²²¹ As dificuldades para o controle judicial estão no acesso à informação, como bem ressalta ANA PAULA DE BARCELLOS: “Em suma: a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente se necessário, o acesso à informação”. (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 150)

²²² RICARDO LOBO TORRES afirma que o orçamento possui uma dimensão ética e deve ser eticamente justo. (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. v. V. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42-44)

educação e à saúde, que, na falta de parâmetros objetivos, torna a matéria bem mais complexa.

A polêmica e os pontos tormentosos sobre a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas revelam-se quando o direito questionado não encontra, na lei ou na Constituição Federal, a moldura exata sobre o seu conteúdo e sobre as diretrizes para a efetivação dos direitos fundamentais²²³, havendo espaço para o exercício de ampla discricionariedade exercida pela Administração Pública. Neste caso, o substrato jurídico para análise da dimensão do conteúdo do direito perseguido restringe-se à previsão genérica dos direitos e garantias fundamentais, respaldados pela cláusula de aplicabilidade imediata, inscrita no § 1.º do artigo 5.º da Constituição Federal.

Quais os limites do direito à prestação da saúde pelo Poder Público? O que pode ser entendido por direito à moradia? O que deve abranger o plano governamental a fim de observar a meta constitucional de progressiva universalização do ensino médio? Qual o papel do Poder Executivo perante o direito à vida?

Os objetos das indagações acima cuidam de hipóteses em que os direitos são informados por conceitos vagos e indeterminados, que, como já demonstrado, correspondem à abertura para o exercício do poder discricionário da Administração Pública. Deste modo, o Poder Executivo responsabiliza-se, não pela realização de um ato meramente executório, com hipóteses fáticas diretamente vinculadas à lei ou à Constituição Federal, mas, ao contrário, está autorizado a realizar uma verdadeira opção política sobre o modo de proteção dos direitos fundamentais. Os limites deste dever político, repisa-se, não são absolutos, e autoriza, em certa medida, o controle jurisdicional.

Um dos destacados princípios constitucionais que deve nortear a atuação do gestor público na elaboração das políticas públicas é a isonomia material entre os cidadãos. O princípio é destinado ao legislador e ao aplicador da norma, exigindo o tratamento isonômico entre os cidadãos, ressalvados os legítimos fatores de

²²³ Deve-se ponderar que a fluidez dos conceitos imprecisos sempre abarca um conteúdo mínimo incontestável. Fala-se na zona de certeza positiva, dentro na qual ninguém duvida do cabimento da aplicação da palavra e da zona de certeza negativa, que ilide qualquer dúvida que pelo conceito não é abarcado. Deste conteúdo mínimo o administrador jamais pode se afastar. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* cit., p. 29)

discriminação²²⁴. Pode-se verificar o desrespeito a este princípio no caso de atuação comissiva insuficiente do Poder Público²²⁵, ou seja, quando as políticas públicas formuladas e implementadas não alcançam, injustificadamente, todos os cidadãos que se encontram na mesma situação fática ou jurídica. Portanto, caso haja a previsão de uma cláusula na política social que enseje afronta à isonomia material entre os cidadãos, portanto, que não esteja devidamente embasada em justificativas autorizadoras para tratamento distinto, há possibilidades de alteração da opção política dos representantes eleitos pela sociedade pelas vias jurisdicionais, pois o Estado não observou a fruição igualitária dos direitos sociais, o que os tornam violados.

Para o êxito na revisão judicial, deve-se demonstrar, por intermédio do procedimento argumentativo, uma relação lógica de causa e efeito, ou seja, que a conduta do Estado, por meio da disponibilização de veículo social deficiente, gera desigualdade social²²⁶. Nessa senda, o magistrado está autorizado a estender os efeitos das políticas públicas a todos aqueles que estavam privados de forma injustificável dos benefícios sociais advindos da política pública deficitária²²⁷.

Outro parâmetro importante para tornar legítimo o controle jurisdicional verifica-se quando se apurar, no caso concreto, que a política pública delineada não concorre para a consecução dos objetivos constitucionais dispostos no artigo 3.º da

²²⁴ Sobre os critérios discriminatórios: “(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22)

²²⁵ AMÉRICO BEDÊ FREIRE JR. afirma que a omissão parcial está ligada umbilicalmente ao princípio da igualdade. Acrescenta ainda que não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter necessariamente uma abrangência global. (FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 82-83)

²²⁶ OSVALDO CANELA JR. defende a possibilidade de controlar as políticas públicas via jurisdicional quando, por comportamento comissivo ou omissivo do Estado, decorra a desigualdade social na fruição de serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no artigo 6.º da Constituição Federal. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155)

²²⁷ Na mesma linha, EDUARDO APPIO defende a intervenção jurisdicional quando exista um programa social implementado pelo Governo, a partir de um dever genérico previsto no texto constitucional ou com base em lei, para resguardar a proteção da isonomia material. Segundo APPIO, a implementação das políticas públicas de natureza social é um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não se admite a outorga ilusória de direitos sociais condicionados à disponibilidade do orçamento público, exigindo a apresentação de uma emenda à lei orçamentária anual, com o objetivo de atender a uma situação contingencial. Por fim, conclui pela possibilidade de extensão do programa social, independente de previsão legal ou de verbas orçamentárias específicas. (APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas...* cit., p. 174-178)

Constituição Federal. Ou ainda, abre-se a oportunidade para o controle de constitucionalidade ou de conformidade²²⁸ pelo Poder Judiciário quando, pelo cotejo dos atos do Poder Público, verificar-se afronta aos fins do Estado²²⁹.

Um exemplo é a previsão de uma política pública consubstanciada em uma determinada ação afirmativa que, notoriamente e comprovadamente, não corrobore para a inclusão social, mas, ao contrário, reforce a exclusão social de determinado cidadão. Devidamente demonstrada a violação aos fins sociais, torna-se legítima a intervenção do Poder Judiciário para o controle constitucional desta política pública, pautada na dissonância da atuação estatal com os objetivos constitucionais traçados.

Para o controle judicial tornar-se legítimo faz-se necessária uma demonstração inequívoca de que a política pública em curso não concorre com os objetivos constitucionais, e, portanto, é ineficaz²³⁰; ou ainda que ela reforça os vícios e mazelas sociais, por se embasar em premissas equivocadas. Neste último caso, ainda com mais razão, o controle jurisdicional deve incidir.

A identificação de falhas na elaboração e execução das políticas públicas, analisadas sob o prisma de direitos fundamentais abstratamente previstos na Carta Constitucional, capazes de macular a sua validade, representa um desafio ao Poder Judiciário de cumprir este mister sem neutralizar a importância das escolhas democráticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. A análise de contrariedade de uma política pública aos objetivos traçados pelas normas constitucionais deve ser feita com expressivo apuro técnico, baseado em uma fundamentação jurídica e social sólida, com a demonstração, *in concreto*, sobre os equívocos contidos no programa governamental e o modo pelo qual violam os fins do Estado Democrático de Direito.

²²⁸ Na lição de OSWALDO LUIZ PALU, controle de conformidade refere-se à análise de conformidade de todos os atos estatais à Constituição. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p.150-164)

²²⁹ “Há uma tendência indisfarçável de vinculação de todos os atos das formas de expressão do poder estatal às finalidades do Estado. Quaisquer condutas praticadas por agentes da administração, que se desviem dos objetivos estatais, estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário”. (Op. cit. p. 81). Esta posição é reafirmada por GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watababe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²³⁰ “As políticas públicas têm que contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas...* cit., p. 147)

Os exemplos acima citados se aplicam ao controle de uma atuação comissiva do Poder Público, ou seja, quando já foi traçado um programa de ação específica para determinada área, visando à proteção dos direitos fundamentais. Neste caso, o Poder Judiciário parte da análise de uma política pública já consolidada, cabendo-lhe aferir se a deliberação e a execução dos atos políticos enquadram-se no contexto razoável da interpretação legal, ou se o dever discricionário desbordou a fronteira do consenso lógico das normas constitucionais extraído pelas técnicas de interpretação.

Os obstáculos mais dificultosos que se põem no curso da atuação jurisdicional de interesse público referem-se aos atos omissivos do Poder Executivo, contrastados com a previsão genérica dos direitos fundamentais descritos na Constituição Federal. Neste caso, o Poder Judiciário não parte da análise de uma política pública já delineada pela Administração Pública, com o cotejamento dos atos administrativos que a conformam e de seu potencial para o alcance dos fins colimados pelo Estado. Ao contrário, o que passa a ser objeto de revisão jurisdicional é a omissão, a inércia do Poder Executivo, que contrasta com a força imperativa das normas constitucionais de observância e de respeito aos direitos fundamentais.

E, diante da omissão, a atividade do juiz não se consubstancia na declaração de invalidade da política pública, mas exigirá um provimento jurisdicional que condicione o gozo destes direitos sociais por meio de uma política social a ser desenhada e construída durante o processo judicial.

Esta hipótese exige a aferição pelo magistrado de determinados requisitos a serem demonstrados no caso concreto, os quais devem servir de substrato fático e jurídico para embasar a necessária intervenção jurisdicional, descortinando, por fim, uma injustificável inércia por parte do Poder Executivo. Ainda, a fundamentação do magistrado deve ser densa, de modo a escorar-se no convencimento por meio da argumentação racional de que a omissão do governante, eleito democraticamente, afronta diametralmente os direitos fundamentais, os quais constituem base sólida da democracia, fazendo-se necessário o prevalecimento da decisão jurisdicional²³¹.

²³¹ Deve-se reconhecer que a omissão governamental também pode constituir uma política pública, seja quando intencional, seja quando decorre de um impasse político ou se faz consequência da não execução das decisões tomadas (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* cit., p. 251). Daí a necessidade do exame apurado pelo Poder Judiciário para aferir se a inércia estatal realmente encontra-se na zona inaceitável de inefetividade de norma, ou se encaixa no âmbito razoável esperado do conteúdo da norma, diante do contexto fático e jurídico em que está inserida.

O primeiro requisito a ser analisado pelo magistrado, constantemente suscitado pela doutrina e jurisprudência, é o denominado “mínimo existencial”, compreendido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A divergência gira em torno do que materialmente compreenderia esse conteúdo essencial, sem o qual se torna esvazio o sentido do direito fundamental. Trata-se de instituto de difícil definição, principalmente porque o seu conteúdo parece moldar-se de acordo com contexto histórico, geográfico e social em que está inserido²³². Nessa linha de intelecção, pode-se dizer que os fatores externos passam a conformar o conteúdo do “mínimo existencial”.

Desta assertiva extrai-se que não é possível desvelar um conceito abstrato do conteúdo mínimo destes direitos, nem mesmo formular um modelo genérico para servir de paradigma a todos os casos indistintamente. Mesmo porque a análise de seu conceito não se direciona somente ao seu objeto, ou seja, à dimensão mínima do direito fundamental, mas abrange também características relacionadas ao perfil de seu titular. Portanto, educação, saúde e moradia, *a priori*, parecem integrar ao conceito de “mínimo existencial”²³³. Contudo, nas hipóteses em que o seu titular tiver recursos financeiros para arcar com tais custos, a judicialização deste direito social não se torna mais legítima, pois deixa de ter o caráter de essencialidade para o resguardo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, deixa de integrar o “mínimo existencial”²³⁴.

²³² Uma das conclusões postas por KAZUO WATANABE na obra “Controle jurisdicional de políticas públicas. “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011” é a de que o conceito de “mínimo existencial” é dinâmico e evolutivo e varia histórica e geograficamente.

²³³ Estes três direitos básicos são arrolados por MARCELO NOVELINO CAMARGO no artigo “O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008”, p. 164-165. ANA PAULA DE BARCELLOS arrolam outros quatro direitos que integram o “mínimo existencial”: educação fundamental, saúde básica, assistência social e acesso à justiça (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais...* cit., p. 258). Para LUIS ROBERTO BARROSO, o “mínimo existencial corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda, que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público (BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10)

²³⁴ No Agravo Regimental interposto contra a Suspensão de Tutela Antecipada 278-6/AL, interposto pela União Federal com o intuito de suspender o fornecimento de medicamento, o relator, Ministro Gilmar Mendes negou o pedido e, entre os fundamentos, destacou que a requerente não dispunha de recursos financeiros para adquiri-los.

Tem-se, então, que o conceito do “mínimo existencial” relaciona-se à dimensão inalienável e essencial dos direitos fundamentais, em outras palavras, consubstancia em condições necessárias a proporcionar a autonomia do indivíduo e a fraquear a possibilidade de participar do processo de formação da vontade coletiva²³⁵, sem descuidar da análise do contexto de vulnerabilidade social e financeira em que seu titular está inserido. Quando analisado sob a perspectiva do caso concreto, o desafio está em identificar o que seria este núcleo duro, que não admite flexibilizações e sopesamentos e, em decorrência disso, está excluído da dimensão das discricionariedades administrativa e legislativa.

O escopo da construção jurídica do mínimo existencial relaciona-se diretamente às dificuldades advindas da necessidade de se mensurar a dimensão da judicialização dos direitos sociais²³⁶. Portanto, identificar o mínimo existencial é assentir com a afirmação de que nem todos os direitos fundamentais podem ser plenamente protegidos pelo Poder Público, mas que, por outro lado, destes direitos deve-se extrair uma garantia mínima, sem a qual o homem despe-se de sua dignidade e cidadania.

O “mínimo existencial” se perfaz como núcleo irreduzível dos direitos fundamentais²³⁷, e, diante de seu espectro inviolável, torna frágeis e infundados os argumentos lançados pelo Poder Público, fazendo da insuficiência de sua proteção um canal aberto à intervenção jurisdicional.

Impende-se ressaltar que o “mínimo existencial” não se presta a servir de limite ao controle jurisdicional de políticas públicas. Melhor explicando, o espectro de abertura do Poder Judiciário na revisão de uma política pública não está condicionada à violação do mínimo existencial, mas o seu conteúdo deve servir de parâmetro para a

²³⁵ Concordamos com a posição de CLÁUDIO DE SOUZA PEREIRA NETO: o mínimo existencial não pode ser tido como meios mínimos de sobrevivência, mas condições mínimas para proporcionar um projeto razoável de vida ao indivíduo e autonomia política, a fim de que possa participar das deliberações de interesse público, com igualdades de meio para agir. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais...* cit., p. 537)

²³⁶ BARCELOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 101.

²³⁷ Para RICARDO LOBO TORRES o “mínimo existencial” não se trata de um valor ou de um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo esta a razão pela qual não pode ser ponderado ou sopesado. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 316)

análise da ponderação e aferição da proporcionalidade do ato praticado pelos demais poderes na restrição dos direitos fundamentais. Assim, o mais coerente seria afirmar que o mínimo existencial representa a redução máxima autorizada pelo ordenamento jurídico da proteção dos direitos fundamentais em detrimento de outros princípios invocados pelo Poder Público²³⁸.

Em termos práticos, na omissão dos demais Poderes em proteger o “mínimo existencial”, a sindicabilidade jurisdicional torna-se indene de dúvidas²³⁹, inclusive dispensando a atuação legislativa e administrativa prévia²⁴⁰. Entretanto, isso não quer significar que, no caso concreto, a atuação do Poder Judiciário deva se restringir à efetivação do mínimo existencial, podendo suplantar esta proteção mínima. Neste último caso, outros parâmetros deverão ser traçados para o controle jurisdicional tornar-se legítimo e não neutralizar as decisões políticas. Estes parâmetros serão ditados pela técnica interpretativa da ponderação e proporcionalidade²⁴¹, a fim de definir, no caso concreto, o grau de proteção dos direitos sociais.

Um dos critérios utilizados para solucionar o embate a respeito do grau de justiciabilidade dos direitos sociais, quando ultrapassado o conteúdo do “mínimo

²³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações... cit., p. 131. Na ADPF/DF 45, de lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, o “mínimo existencial” é elencado como um dos requisitos permissivos para que o Judiciário intervenha no controle de Políticas Públicas, sendo argumento forte o suficiente para tornar frágil a defesa do Poder Público acerca da “reserva do possível”.

²³⁹ Em sentido contrário, DANIEL SARMENTO obtempera que o mínimo existencial não pode ser compreendido como princípio absoluto, podendo, portanto, se sujeitar à reserva do possível no caso específico. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 85)

²⁴⁰ Trata-se de conclusão aprovada no seminário realizado na cidade de São Paulo, nos dias 14 e 15 de abril de 2010, sobre o tema “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, que teve o seguinte enunciado: “O mínimo existencial corresponde ao núcleo duro dos direitos sociais garantidos pela Constituição, e consiste no mínimo indispensável à dignidade humana, autorizando a imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa”. Ainda sobre a concretização do “mínimo existencial” pelo Poder Judiciário: “Seja com fundamento na liberdade, seja com fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Judiciário concretizar os direitos sociais em sua esfera mínima, independente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo ou Legislativo”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 537)

²⁴¹ Sobre o tema, vale transcrever a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, que o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e na lei. E assim, estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público”²⁴¹. (*O controle jurisdicional de políticas públicas pelo poder judiciário...* cit., p. 137)

existencial”, relaciona-se ao princípio da proibição do retrocesso²⁴²; princípio implícito na ordem constitucional brasileira e com papel de destaque também nas instâncias de proteção internacional de Direitos Humanos²⁴³.

Entende-se por proibição do retrocesso social a impossibilidade de se retroceder quanto às prestações sociais já consagradas pela legislação, sem alternativas ou compensações. O escopo é evitar que conquistas relativas aos direitos fundamentais possam ser anuladas ou enfraquecidas, destruindo-se todo o avanço arduamente conquistado, em contramão ao mandamento constitucional da progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Este princípio informativo não é somente direcionado ao legislador, mas dirige-se ao conceito amplo de Poder Público, vinculando também o administrador público²⁴⁴.

Inserindo o princípio em pauta no debate sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, tem-se que a intervenção do Poder Judiciário está autorizada quando a política pública desenhada pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo represente um retrocesso injustificável a uma prestação de direito social; em outras palavras, quando se identificar que se procedeu à substituição de uma política pública anterior que ofertava um espectro de proteção jurídica mais ampla e alargada a estes direitos, com a demonstração inequívoca de que tal medida não se encontra no espectro de proporcionalidade.

Deste modo, é possível que uma política pública, elaborada em sede do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, possa ser declarada nula pelo Poder Judiciário, caso seja identificado o desrespeito à vedação ao retrocesso injustificável de prestações

²⁴² “Somente o mínimo existencial reconhece a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica, vale dizer, somente as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais...* cit., p. 304-305)

²⁴³ Com arrimo na doutrina de VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, o princípio da Proibição do Retrocesso encontra-se também implícito no sistema de proteção internacional, que determina a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 92). Esta cláusula implícita por ser extraída do artigos 5.º, §§ 1º e 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também se encontra no artigos 5.º e 2.º, § 1.º.

²⁴⁴ Este parece o entendimento do Ministro Celso de Mello, no voto esposado no Julgamento na STA 175-AgR/CE, que discorre sobre o princípio da proibição do retrocesso, como um parâmetro constitucional na intervenção jurisdicional em políticas públicas, definindo-o como empecilho para que sejam “(...) destituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive (...)”, não condicionando-o, à primeira vista, a um comando restrito direcionado apenas ao legislador.

sociais. Como bem ponderado pela doutrina especializada, deve-se frisar que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição a direito fundamental, configura violação a este princípio, mas somente quando este retrocesso seja acompanhado de transposições a determinadas barreiras, ou seja, atingir o núcleo de determinado direito sem qualquer respaldo em justificativa razoável, tornando-se, neste caso, constitucionalmente ilegítimo²⁴⁵.

A indagação de difícil elucidação gira em torno dos limites do Poder Público em realizar reformas que visam a reduzir os níveis de proteção dos benefícios sociais. Os entendimentos doutrinários convergem para compreender como inerente ao princípio da vedação ao retrocesso à revogação integral de uma política pública inscrita na disciplina infraconstitucional ou pela instância administrativa, sem que se estabeleça nova disciplina sobre o direito fundamental resguardado pela revogada lei ou pelo ato administrativo²⁴⁶. Portanto, aniquilar a proteção de um direito fundamental que já se mantinha protegido trata-se de medida inconstitucional e violadora do sistema internacional de Direitos Humanos e também do direito constitucional pátrio. Por outro lado, inclinam-se os doutrinadores à relativização do princípio em pauta quando se faz efetivar, na respectiva esfera de competência, a proteção dos direitos fundamentais, ainda em que em menor grau de proteção.

INGO WOLFGANG SARLET avalia que a dimensão do princípio da vedação ao retrocesso encontra diálogo com as garantias do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Para o autor, o Estado não está autorizado a empreender mudanças que afetem o núcleo essencial de determinado direito fundamental, sendo a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial vinculativos ao Poder Público contra o retrocesso²⁴⁷. E, por fim, o autor relaciona corretamente a questão com a necessidade de que toda restrição a direito fundamental deve embasar-se em uma justificativa consistente por parte do Poder Público sobre a imprescindibilidade da adoção daquela medida. Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário fazer um juízo de proporcionalidade, ou

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

²⁴⁶ Neste sentido: INGO SARLET, LUÍS ROBERTO BARROSO, ANA PAULA DE BARCELLOS e PATRÍCIA VILLELA MARTINS.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso...* cit., p. 97.

seja, analisar a ausência de meios alternativos menos gravosos, bem como a real necessidade da restrição daquele direito²⁴⁸. Acrescente-se, tão somente, que o ônus desta demonstração é do Poder Público, diante da presunção de inconstitucionalidade da restrição a direitos fundamentais.

Outro parâmetro que funciona como vetor que direciona o intérprete na ponderação de princípios paira sobre a análise da possibilidade ou impossibilidade de universalização da medida como limitador da intervenção jurisdicional. Noutros termos, a efetivação de determinado direito social deve estar condicionada à possibilidade de extensão da medida a todos aqueles que se encontram em igual situação fática e jurídica²⁴⁹. Trata-se de alerta aos pleitos individuais que visam à adjudicação de determinado direito social ao jurisdicionado e, em decorrência disso, reforçam a distribuição desigual dos recursos comuns entre os cidadãos. Assim, uma das premissas iniciais para a efetivação do direito social pelo Poder Judiciário encontra-se na qualificação de universalização da medida, devendo-se, portanto, mensurar as consequências macroeconômicas das decisões judiciais. Daí, portanto, a preferência das ações coletivas para veicular o controle jurisdicional de direitos prestacionais, assunto que será abordado no próximo Capítulo.

Uma premissa devidamente explanada e reconhecida neste trabalho é a de que o Poder Público não reúne condições financeiras de arcar com os custos para a satisfação plena dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Restou ainda demonstrado que, diante desta constatação, exigem-se escolhas políticas sobre a alocação destes recursos escassos, as quais são de responsabilidade dos poderes constituídos sobre a democracia representativa e participativa, ou seja, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, salvo quando se apurar que tais escolhas encontram-se maculadas pelos desvios do interesse público ou às regras já determinadas na Constituição Federal. Assim sendo, as matérias atinentes ao orçamento público não podem ser desconsideradas na adjudicação das políticas públicas e, sem dúvida, devem servir de embasamento fático e jurídico na argumentação racional da técnica de ponderação.

²⁴⁸ Idem, p. 107.

²⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração... cit., p. 541.

Como demonstrado, quando os critérios orçamentários estão dispostos de forma objetiva na lei ou na Constituição Federal, a solução torna-se menos controversa, diante da aplicabilidade do raciocínio subsuntivo, que está apoiado em ampla densidade normativa dos dispositivos, reduzindo o grau de incerteza da interpretação. Mas nem sempre os critérios objetivos se prestam à solução da colisão entre os preceitos orçamentários e da eficácia dos direitos sociais.

As disfuncionalidades na alocação de recursos podem ocorrer, pois, mesmo após um complexo processo decisório envolvendo o Poder Executivo e o Poder Legislativo, tais decisões não se tornam vinculativas, mas meramente autorizativas²⁵⁰, ensejando uma abertura maior para o deslocamento de rubricas orçamentárias com o escopo de se utilizar em gastos injustificáveis. Neste caso, o ato político travestido da discricionariedade torna-se ilegítimo pelo vício insuperável da arbitrariedade.

Os desvios orçamentários podem ocorrer também no processo legislativo de elaboração do orçamento, por meio de dotações orçamentárias subaproveitadas, sem qualquer compromisso com os direitos fundamentais, grande parte das vezes frutos de pressões corporativas e *lobbies* daqueles que dispõem de maior influência na classe política.

Na adjudicação de políticas públicas, o Poder Judiciário deve estar atento a estes desvios, principalmente ao exercer um juízo de ponderação entre o princípio da reserva do possível, defesa clássica lançada pelo Poder Público, e os gastos públicos.

O agir jurisdicional encontra espaço de atuação na incontestável irracionalidade da escolha política, entretanto, repisa-se, que não lhe é autorizado excluir a discricionariedade política do Poder Executivo e do Poder Legislativo pela discricionariedade jurisdicional. A exemplo, um Município de baixa arrecadação não está autorizado a direcionar expressiva parte de seu orçamento a cachês de artistas e bandas em eventos quando não existe uma política pública mínima direcionada à saúde básica de crianças e adolescentes.

Ainda utilizando-se da densidade do princípio da proporcionalidade como juízo de ponderação no controle jurisdicional de políticas públicas, outro parâmetro a ser

²⁵⁰ Devem-se ressaltar as determinações insertas nas leis e nas normas constitucionais: “Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço de dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”. (artigo 9.º, § 2.º, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2002)

analisado pelo órgão julgador diante da omissão total do Poder Público em tecer planos e estratégias para a efetivação de um direito fundamental são os indicadores sociais, nacionais e locais²⁵¹.

Os indicadores sociais formulados por órgãos públicos ou entidades privadas dotadas de credibilidade têm regra geral como base uma pesquisa de campo sobre os contrastes sociais, realizados por critérios pré-estabelecidos e rigorosamente seguidos, com o escopo de evitar distorções. Os números colhidos posteriormente são elencados consoantes à racionalidade da estatística, evidenciando, ao final, os problemas sociais mais graves de um determinado local ou de determinada nação.

Tais pesquisas sociais muitas vezes integram-se como fase preliminar à implementação de determinado programa político pelo governante, justamente para aferir quais são os mais graves problemas sociais de determinada região ou mesmo para revelar os resultados de uma política pública já implementada. Neste último caso, a ausência no progresso de incremento dos índices sociais pode revelar o desacerto de determinada conduta estatal.

O questionamento da inércia do Poder Público pode vir corroborado em indicadores sociais confiáveis que demonstrem a premente necessidade de implantação de uma política pública, almejando assim a efetivação de um direito social. O pleito pode ainda embasar-se na ausência de evolução dos índices relacionados a este grave problema social ou mesmo em seu retrocesso, contra os quais, durante um expressivo lapso temporal, não houve qualquer medida adotada pelos poderes políticos responsáveis para amenizar a violação deste direito social, denunciando, com isso, uma omissão injustificável e passível de retificação pelo Poder jurisdicional.

Assim, os indicadores sociais podem servir de direcionamento ao magistrado como um dos fatores apurados que concorrem para justificar a intervenção jurisdicional. Trata-se de proposta para acrescer ao juízo de ponderação realizado pelo magistrado na revisão judicial de políticas públicas: o cotejamento de informações extraídas de índices

²⁵¹ Este entendimento também é compartilhado por HAMILTON ALONSO JR., “Estatisticamente, por meio de dados concretos levantados por institutos idôneos, perícias, constatações técnicas, dentre outros elementos de convicção, será possível implementar direitos fundamentais olvidados dentro do processo representativo de democracia. A realidade social colhida no seio social deve ser sopesada em juízo”. (ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 218)

que retratam as deficiências e os avanços sociais do país ou de uma determinada localidade.

Como mencionado, a técnica da ponderação apresenta uma base ampla de situações fáticas e jurídicas que se pode valer o magistrado para aferir a legitimidade da atuação jurisdicional, na omissão pelos Poderes políticos em implementar políticas públicas aptas a franquear efetividade aos direitos fundamentais.

Neste capítulo do presente trabalho, relacionamos quatro parâmetros que podem servir de vetores a desvelar a razoável interpretação no controle jurisdicional de políticas públicas: o “mínimo existencial”, o princípio da proibição do retrocesso, a análise e eventual afronta ao aproveitamento dos créditos orçamentário e, por fim, os indicadores sociais. Não se trata de rol exaustivo²⁵², mas tentativa de sistematização de parâmetros lógicos e socialmente aceitáveis que, no caso concreto, podem servir de substrato racional e argumentativo aos métodos eficientes de interpretação de regras e princípios em colisão.

2.4.4 Legitimidade democrática do controle jurisdicional de políticas públicas

Como visto, o respeito aos valores democráticos compreendem a justa e equilibrada distribuição de atribuições entre as funções estatais, evitando interferências indevidas de um poder na esfera de outro.

O direcionamento do planejamento estatal deve ser ditado pelas decisões políticas advindas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, permeadas pela dinamicidade imprescindível que a matéria deve ser tratada. Esta liberdade na determinação da forma como os direitos serão efetivados encontra respaldo no poder representativo do administrador, a quem o povo outorgou o dever de deliberar sobre os

²⁵² ERIC C. CHRSTIANSEN cita outros mecanismos de aferição da possibilidade de adjudicação de direitos sociais colhidos da jurisprudência da África do Sul: “Alguns componentes da análise da razoabilidade são evidentes na jurisprudência: a ação governamental ou outros são abrangentes ou coordenadas? Houve participação adequada da autoridade legislativa técnica e política na sua formulação? Pode a ação facilitar a realização do direito em questão? É equilibrada e flexível na medida necessária? Ela inclui todos os segmentos significativos da sociedade e leva em conta aquelas pessoas mais necessitadas?”. (CHRISTIANSEN, Eric. C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a corte constitucional sul-africana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 687)

caminhos a serem traçados para se alcançar o desenvolvimento social. A maior liberdade e abertura que particularizam esta atuação governamental pautam-se na representatividade do governante perante a sociedade, após a sua escolha pelo voto popular nas eleições democráticas. O dirigismo estatal por intermédio das políticas públicas permite certa margem de discricionariedade nas deliberações, as quais, em contrapartida, estão sujeitas ao *accountability*, principalmente por ocasião de sua avaliação pelo povo nas eleições periódicas.

Em respeito aos valores democráticos que exigem o equilíbrio entre as funções do Estado, não há dúvidas em afirmar que este poder de deliberação política não é ilimitado. A restrição da atuação política do Poder Executivo esbarra na observância da Constituição Federal e da legislação, diplomas estes que devem ser interpretados pelo Poder Judiciário, em estrito cumprimento à função constitucional que lhe cabe.

Diversamente dos demais poderes, a atividade jurisdicional não está preconizada na representatividade popular de seus integrantes. Mister, portanto, pontuar as qualificações deste poder que lhe emprestam legitimidade para intervir em discussões que, *a priori*, parecem integrar apenas a esfera dos representantes políticos.

Em primeiro lugar, pode-se afirmar que está na natureza política das normas constitucionais, mormente as definidoras dos direitos fundamentais, a legitimidade democrática do Poder Judiciário para intervir na dimensão dos atos que consubstanciam as políticas públicas. Os agentes políticos que compõem este Poder não detêm mandato popular, mas seus poderes contramajoritários decorrem do conteúdo das próprias normas constitucionais, que lhe franqueiam a função de afastar qualquer afronta aos preceitos inscritos na Carta Política²⁵³. Estes preceitos conformadores do Estado Democrático de Direito não se pautam nas regras majoritárias, pois, o conceito de democracia, para além da regra meramente formal de soberania popular, irradia-se para abranger os direitos e garantias mínimas à dignidade humana e, a existência destes

²⁵³ “O papel do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes e entre estes e a sociedade civil. Estes os grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional”. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...* cit., p. 391.)

valores éticos não se submete à deliberação popular, muito menos se encontra na esfera de discricionariedade dos políticos eleitos²⁵⁴.

Com efeito, verifica-se que a atuação do magistrado, ao contrário dos demais poderes, não subjaz sobre a vontade popular, mas se pauta na correta interpretação das normas dispostas no ordenamento jurídico, sem descuidar de desvelá-las consoante aos valores que permeiam uma dada sociedade.

Nas pertinentes palavras de AURY LOPES JR.:

“(...) a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”²⁵⁵.

Por evidente que o desempenho do dever jurisdicional não está pautado em critérios exclusivamente técnicos, mas é social e politicamente determinado²⁵⁶. Em consequência, pode-se dizer que este poder somente é respaldado de legitimidade quando é exercido com vista à realização dos fins sociais, discriminados no artigo 3.º da Constituição Federal. Deste modo, a interpretação das normas jurídicas deve se curvar às finalidades políticas e sociais delimitadas pelo conteúdo constitucional, sob pena de enfraquecer o consenso social de ser o Poder Judiciário o moderador dos excessos dos

²⁵⁴ Nas palavras de Luis Roberto Barroso, “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”. (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (coords.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 249).

²⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73. Do mesmo modo, o magistrado também não é o porta-voz das minorias, mas, consoante ao entendimento de OWEN FISS, sua função é dar significado aos valores constitucionais, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ainda consoante a Fiss, o juiz deve procurar o que é verdadeiro, correto e justo, não lhe sendo legítimo tornar-se um participante nos interesses das políticas de grupo. (FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004. p. 36)

²⁵⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista da Usp*. n. 21, São Paulo, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em: 15 de dezembro de 2012. p. 118.

demais Poderes²⁵⁷, tornando-se ineficaz socialmente e, em consequência, ingressando em uma crise de legitimidade²⁵⁸.

Se por um lado questiona-se a legitimidade do órgão julgador em virtude deste não ser investido de representatividade após o escrutínio popular, visto sob outro prisma, é de se concluir que ao poder jurisdicional não incidem as deficiências do processo democrático eletivo, tampouco sofre com as contingências e alternâncias de poder, obstáculos estes que corroboram para a desconfiança da sociedade em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo²⁵⁹. Portanto, as regras do jogo político não podem conduzir o modo de agir do magistrado, nem este pode ser um partícipe dos interesses da política de determinado grupo.

Entre os escudos de proteção contra as pressões políticas está a independência da magistratura, prerrogativa inalienável e essencial à sua legitimidade social e democrática. O compromisso do magistrado é com o sistema ético de referência, estampado no núcleo duro dos direitos fundamentais, que dão cor e vida à atuação política do Judiciário, mas que, em contrapartida, servem-lhe também de limite intransponível. Para tanto, imprescindível que haja o distanciamento e seja repelida qualquer dependência do Poder Judiciário com os Poderes representativos, seja intelectual ou financeira, franqueando assim condições à atuação jurisdicional para se contrapor, se o caso, às condutas políticas que se desviarem do curso obrigatório da observância dos direitos insertos no ordenamento jurídico.

Sobre o tema, a importante lição de OWEN FISS:

²⁵⁷ “Com isso, se não houver uma expressa adesão dos juízes aos fins da jurisdição (art. 3º), o consenso do grupo dominado tende a diminuir, pois não mais se justificaria a atividade exercida do grupo dominante, a não ser para proveito próprio, destoando das promessas realizadas durante a campanha eleitoral. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*, p. 26)

²⁵⁸ “A conclusão, evidentemente, não poderia ser outra: a ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimidade do Judiciário, decorrente tanto de fatores internos, como o anacronismo de sua estrutura organizacional, quando de fatores externos, em face da insegurança da sociedade com relação à impunidade, à discriminação e à aplicação seletiva das leis”. (FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. *Revista USP*, n. 21, mar./abr./mai. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/05-joseeduardo.pdf>> Acesso em: 27 de dezembro de 2012. p. 52)

²⁵⁹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização das políticas públicas*, p. 21. Sobre o “déficit democrático” da democracia representativa: “O reconhecido “deficit democrático” atual, com a predominância do Executivo, inclusive quanto à produção normativa, e das regras econômicas do “mercado”, impede que a democracia representativa possa ser elevada à categoria de fonte exclusiva de legitimidade democrática, notadamente, diante da experiência histórica quantos aos seus limites na origem de regimes totalitários”. (CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Limites ao controle judicial de políticas públicas... cit., p. 288)

“A especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essas duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência- e não da concordância do povo com as decisões particulares ou de sua capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos. O consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, por meio, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo. A concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei”²⁶⁰.

Outra qualidade importante a corroborar com a legitimidade democrática do Poder Judiciário refere-se à inércia inicial da atuação jurisdicional, condicionando a intervenção deste poder à prévia provocação da parte interessada.

MAURO CAPPELLETTI, em sua obra “Juízes Legisladores”, ilide qualquer dúvida quanto à função de criação do Direito pelo órgão julgador, no momento em que este Poder interpreta as normas escritas por intermédio de expressões vagas, fluidas e programáticas, assumindo um papel muito semelhante ao Poder Legislativo. Mas, segundo este autor, o procedimento de criação do direito no âmbito jurisdicional diferencia-se dos procedimentos de natureza política justamente em razão das virtudes passivas e dos limites processuais impostos às partes e ao órgão julgador, pois, o caráter procedimental estrutural da jurisdição determina o modo como se deve desenvolver a função jurisdicional, desautorizando o envolvimento do juiz como verdadeiro interessado e, ainda, exigindo a imprescindível audiência de grupos e pessoas, titulares de interesses contrapostos. Esta garantia não é naturalmente oponível aos demais Poderes²⁶¹.

O dever de motivação do juiz se faz também um instrumento de expressivo valor para o controle externo da atividade política desempenhada pelo Poder Judiciário e, em consequência, para concorrer ao equilíbrio do processo democrático.

²⁶⁰ FISS, Owen. *Um novo processo civil...* cit., p. 115.

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 75-81. Sobre a ausência da garantia de bilateralidade entre os interesses contrapostos nos Poderes Legislativo e Executivo, CAPPELLETTI ressalta que há nos países ocidentais uma tendência de “jurisdicionalização” nos processos legislativos e executivos. Assim, alguns países adotaram os *hearings*, com a concessão de audiência aos interessados e aos grupos em conflito, visando a proteger certas minorias e maiorias inadequadamente organizadas contra a ação parcial dos parlamentos, governantes e órgãos administrativos. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 77)

A proposta dos modelos hermenêuticos contemporâneos proporciona que o processo intelectual de apreensão do conteúdo da norma jurídica se faça via alternativa para o debate de questões que anteriormente ficavam restritas ao âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo, posicionando a atividade jurisdicional a um relevante *status* político²⁶². Ao desempenhar este poder político, o Poder Judiciário atua na qualidade de agente delegado da coletividade e a ela deve satisfação de seus atos, que, para além da regra formal contida no artigo 93, IX, da Constituição Federal, encontra-se também diante da necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público²⁶³.

Deste modo, a técnica da argumentação jurídica deve comportar a racionalidade imprescindível para a justificação da capacidade do magistrado de correção do desvirtuamento do curso natural do interesse público nas demais esferas do Poder, externando, assim, as razões jurídicas que embasam a sua decisão, com a demonstração de que o processo de construção da norma não está imbuído de qualquer subjetivismo decisionista. A legitimidade do magistrado apoia-se na representação argumentativa, a qual deve ser capaz de suplantar a representação política identificada na lei, por meio do convencimento dos cidadãos de sua suficiente racionalidade²⁶⁴.

Deve-se apenas destacar que, ao magistrado ser defeso se curvar às pressões da maioria não significa distanciar a atuação jurisdicional da sociedade civil e de suas diversas manifestações na defesa de seus interesses. Ao contrário, a extensa abertura ao diálogo processual, permitindo a ampla participação popular e observados os métodos e técnicas para garantir a paridade de armas, confere legitimidade democrática à decisão jurisdicional, não pela referenda à regra da maioria, mas por ser a decisão do magistrado resultado do amplo debate na sociedade, descortinando as fragilidades e os acertos de cada lado do debate. Ao final, tem-se uma decisão plural e verdadeiramente democrática, assim como devem ser tratadas as questões na esfera política.

Pode-se ainda afirmar que a ampla participação social perante o Poder Judiciário, antes da deliberação judicial, confere conformação social às decisões judiciais, mesmo que estas culminem em uma decisão que vá de encontro aos interesses de uma maioria. A garantia do contraditório, portanto, não visa, apenas, a proporcionar

²⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional...* cit., p. 17.

²⁶³ Idem, p. 47.

²⁶⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo...* cit., p. 92.

a isonomia na influência do órgão julgador para a deliberação final, mas também concorre para a legitimidade da atuação jurisdicional nas questões de natureza política, em que o diálogo aberto e plural corrobora com o fim de justificar a potencialidade democrática do Poder Judiciário²⁶⁵.

Em linha de conclusão, o controle jurisdicional detém legitimidade como modelo eficaz de questionamento das decisões tomadas pelos Poderes essencialmente políticos, os quais, muitas vezes, não ofertam canais efetivos de participação popular. Trata-se de risco inerente à democracia representativa, o que não a deslegitima, mas que, em contrapartida, exige mecanismos de controle democrático para oportunizar o questionamento de decisões políticas eivadas de déficit de participação social, vícios decorrentes da fragilidade das vozes de determinados setores da sociedade, os quais não se fazem ouvir, diante de sua posição de vulnerabilidade social no sistema político.

Independente da instância de Poder, a deliberação sobre a alocação de bens comuns na sociedade, atividade expressa hodiernamente pelo método das políticas públicas, deve ser antecedida por um profundo diálogo social, com a promoção de um processo de inclusão para o debate coletivo. Trata-se de premissa para a consolidação da democracia deliberativa, modelo defendido por ROBERTO GARGARELLA no âmbito da aplicação judicial dos direitos sociais. Segundo o autor, as decisões públicas devem ser sempre ancoradas em uma base consensual ampla, integradas por diversos setores da sociedade e de todos aqueles que seriam afetados pelas decisões em jogo²⁶⁶. A observância a este prévio diálogo plural seria uma condição primária para a imparcialidade nas deliberações políticas, evitando-se que o sistema torne-se mais sensível às pressões de certos grupos políticos, em detrimento de outros²⁶⁷.

²⁶⁵ “Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Poder Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimidade não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo e Executivo. (ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 509-510)

²⁶⁶ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 216-219.

²⁶⁷ Neste caso, a igualdade é requisito necessário para a imparcialidade, tanto no que diz respeito ao acesso ao procedimento democrático, como a isonômica capacidade de exercer real influência na vida política.

Fincado nas premissas deste conceito de democracia, pode-se afirmar que o Poder Judiciário encontra-se em posição favorável de promover os valores que permeiam o processo democrático deliberativo. A sua provocação por um cidadão que se sinta excluído do processo de formação de decisão na esfera política funciona como mecanismo de intensificação do espírito que consubstancia a democracia deliberativa, por ser apto, por meio de seu regular procedimento, de questionar determinada disfuncionalidade advinda dos Poderes representativos, fazendo do processo uma instância de verdadeiro exercício dos direitos de participação democrática.

2.5 Críticas e respostas ao controle jurisdicional de políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas qualifica-se como matéria polêmica, alvo de dissensos doutrinários e jurisprudenciais. A escolha pela defesa da legitimidade democrática dos juízes na intervenção dos atos políticos parece tratar-se de tarefa mais árdua do que a sua negação, justamente porque se propõe a defender uma nova posição do Poder Judiciário frente ao Estado Democrático de Direito. O rompimento do paradigma anterior exige uma justificação sólida e também respostas aptas a demonstrarem a impertinência da manutenção do *status quo*.

A primeira crítica tecida pela doutrina refere-se à violação da Teoria da Separação dos Poderes. Há uma recalcitrância por parte da doutrina tradicional em aceitar a conformação atual desta teoria pela Constituição Federal de 1988²⁶⁸, lançando-se sempre em uma divisão rígida de Poderes, extraída do conceito de “independência” inserto no artigo 2.º da Constituição Federal.

O princípio da separação de poderes evidenciou-se no século XVIII, momento em que a Europa, sobretudo a França, vivia um período de excessivo poder político

²⁶⁸ Na defesa da Teoria da Separação de Poderes, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: “O que não se pode negar é que as políticas públicas refletem atividade de caráter administrativo, exigindo-se que suas metas só possam ser alcançadas através de diversos instrumentos, quase sempre manejáveis pelos órgãos da Administração Pública. Em virtude dessa característica, não há como aceitar que um órgão não-administrativo institucionalmente, como é o caso do Poder Judiciário, possa impor a realização de atividades genéricas próprias da organização administrativa estatal. Na verdade, não somente genéricas, mas abstratas, inespecíficas e indiscriminadas, como já tivemos a oportunidade de assinalar”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 121)

centrado nas mãos da monarquia absolutista. A atuação arbitrária e pessoal do monarca despertava a insatisfação popular, vez que o exercício deste Poder absoluto desviava-se dos anseios da sociedade da época. Montesquieu, sistematizador deste princípio, concluiu que a concentração de poder em uma única pessoa ia de encontro com os preceitos da doutrina liberal, já que contribuía para fragilizar a liberdade política.

No entanto, interessava à doutrina do liberalismo não o equilíbrio entre os Poderes, mas uma separação rígida entre eles. O dogma da separação de Poderes era visto pelo prisma dos valores do individualismo, com vistas a conservar o sistema de organização de poder e, em consequência, de distanciar o poder do povo.

Na democracia social, contudo, esta rigidez na separação do princípio não mais se justifica:

“O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda”²⁶⁹.

Ademais, como bem nos lembra HERMES ZANETI JR., o Brasil, por razões históricas, alinhou-se ao sistema constitucional da *judicial review* norte-americano e não ao sistema europeu puro de separação de poderes²⁷⁰. A Constituição Federal de 1988 franqueou um novo modelo de constitucionalismo, em que os poderes passam a estar envoltos em um “sistema de freios e contrapesos”, como uma complexa trama de implicações e de limitações recíprocas, o que serve de autorização para que cada Poder possa exercer competências que tipicamente caberiam a outros²⁷¹.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 157-158.

²⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes...* cit., p. 1.

²⁷¹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais... cit., p. 520-521. Neste sentido, também RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “No modelo jurídico-político brasileiro isso é bem evidente, bastando considerar que o Legislativo... julga o presidente, o vice-presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (artigo 52, I e II); que o Judiciário ...administra, quando promove a organização de seus serviços (artigo 96 e incisos e artigo 125, da CF); e que o Executivo ... legisla, quando edita medidas provisórias (artigo 59, V e artigo 62, da CF). Essa evidente interação e complementariedade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle das chamadas políticas públicas... cit., p. 777)

Outrossim, o sistema de repartições da função estatal é preservado quando se defende, como se defendeu no presente trabalho, que o controle jurisdicional das decisões políticas dos demais Poderes acerca dos direitos sociais torna-se legítimo tão somente quando a intervenção do Poder Judiciário é excepcional, respeitando-se a competência prioritária dos demais Poderes em formular e em implementar os programas governamentais. Esta excepcionalidade se traduz na revisão em caso de violação a preceitos legais ou constitucionais, respeitando-se os limites do equilíbrio entre as funções²⁷².

Neste sentido, não se pode negar que o princípio da separação de poderes ganhou novos contornos com o advento do Estado Democrático e Social. O conceito liberal de “separação de poderes” deve ser reinterpretado como harmonia entre as funções estatais, estas imbuídas de consciência ética e democrática, direcionadas ao escopo comum e convergente: colimar aos nobres objetivos traçados pela Constituição de 1988.

Arraigado neste novo contexto político-jurídico, deve-se ainda outorgar uma nova leitura à Teoria da Reserva do Possível, a fim de adaptá-la ao contexto nacional²⁷³. A teoria consubstancia-se em um obstáculo oponível contra a judicialização de direitos fundamentais, a fim de condicioná-los à verificação da disponibilidade financeira do Estado para a implementação de determinada política pública.

A Teoria da Reserva do Possível ocupa o posto de principal argumento lançado pelo Poder Público em processos que visam à implementação dos direitos sociais. A intelecção da Teoria baseia-se na falta de previsão orçamentária para suportar os gastos com determinado direito, pois o orçamento público já estaria comprometido por opções políticas direcionadas à destinação com outros gastos.

²⁷² Na lição de CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, uma das características fundamentais do modelo contemporâneo de separação de poderes é o aprofundamento da chamada *accountability* horizontal, ou seja, o dever de os poderes se justificarem mutuamente. (SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais... cit., p. 529)

²⁷³ Esta teoria tem sua origem na Alemanha, a partir dos anos de 1970, momento em que a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar que as prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros, sendo que a disponibilidade estaria na esfera discricionária do governo e do parlamento, expressas por meio do orçamento. Por fim, consolidou-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em uma decisão a respeito do direito de acesso ao ensino superior, que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29)

Antes de tecer uma análise crítica da Teoria em debate, impende-se reconhecer que a efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou os direitos sociais, implicam em custos, os quais se contrastam com orçamentos reduzidos e incapazes de satisfazer plenamente todos estes direitos. A escassez dos recursos econômicos e financeiros resulta, no caso concreto, na opção pela sobreposição de determinados valores sobre outros, culminando nas denominadas “escolhas trágicas”²⁷⁴. Resta claro, portanto, que o limitador econômico deve ser levado em consideração no debate jurisdicional quando se discute a implementação de direitos.

De outro norte, deve-se ponderar que a argumentação sobre o obstáculo da escassez dos recursos econômicos e financeiros somente recebe credibilidade quando acompanhada da comprovação pelo Poder Público da falta de recursos para efetivar estes direitos. A mera alegação, como recorrentemente ocorre, não convence. Portanto, a argumentação jurídica deve estar diretamente relacionada com a demonstração de sua base fática. Este ônus é sempre imputável ao Poder Público contra o qual a prestação foi exigida, diante de sua maior proximidade com as informações e dados orçamentários²⁷⁵.

Como outrora observado, as decisões políticas sobre a alocação de recursos comuns são de competência constitucional dos demais Poderes, cada qual na sua esfera de atribuição. Entretanto, competência constitucional não significa blindagem à análise jurisdicional da definição dos critérios de disposição das rubricas orçamentárias consoantes aos objetivos e prioridades constitucionais, mormente quando se verifica que a inércia do Poder Público concorre para o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais.

Partindo-se da análise de DIRLEY DA CUNHA JR., sobre a matéria, conclui-se:

“os problemas de ‘caixa’ não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia

²⁷⁴ Cuida-se de expressão cunhada por GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBIT, na obra *Tragic Choice*. (BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1978.)

²⁷⁵ ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma que neste caso vigora a regra da inversão do ônus da prova (artigo 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), ou ainda a distribuição dinâmica do ônus da prova, que atribui a carga da prova a quem estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas...* cit., p. 123)

a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte”²⁷⁶.

O acolhimento ou não da Teoria da Reserva do Possível, como já ponderado, não escapa da análise das normas inerentes à matéria orçamentária. Neste sentido, conclui-se que o Poder Judiciário está autorizado a perscrutar, de forma casuística, se as disposições e execuções orçamentárias encontram-se em conformidade com todo o arcabouço legal e constitucional que regulamenta a matéria. Ao final, se for demonstrada a contrariedade, o Poder Judiciário estará legitimado a afastar a Teoria da Reserva do Possível.

Respaldado pelo princípio da proporcionalidade, a satisfação do “mínimo existencial”, como visto, também não pode sofrer empecilhos de argumentos preconizados na cláusula da “reserva do possível”, por se tratar do núcleo duro dos direitos sociais²⁷⁷. Em outros termos, o argumento econômico, quando contrastado com o “mínimo existencial”, torna-se eivado de utilitarismo incompatível com a dignidade da pessoa humana, devendo ser imediatamente afastado pelo Poder jurisdicional.

Outra crítica de parte da doutrina refere-se à falta de estrutura do Poder Judiciário em lidar com questões de alta complexidade, que exigem conhecimentos técnicos de várias ciências, limites estes muitas vezes estreitos ao diálogo processual.

Nas palavras de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES:

“o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero”²⁷⁸.

²⁷⁶ CUNHA JR., Dirley. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 372-373.

²⁷⁷ KAZUO WATANABE perfilha o entendimento que o “mínimo existencial” é inoponível à cláusula da “reserva do possível e que “somente em relação aos direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, que são os previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente”, poderá ser contraposta mediante fundada alegação e demonstração cabal, a cláusula da “reserva do possível”, que o magistrado analisará valendo-se das regras de proporcionalidade e razoabilidade. (WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional de políticas públicas...* cit., p. 222-223)

²⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais...* cit., p. 136.

Este alerta é importante e deve ser levado em consideração no exercício do controle de políticas públicas, mas não para excluir a possibilidade de participação do Poder Judiciário na difícil tarefa de distribuição igualitária de bens comuns, em concomitância com os demais Poderes. A procedência da crítica concorre para a reflexão sobre a necessidade do redimensionamento da dialética processual.

Se as questões de interesse público que são submetidas ao critério jurisdicional não mais se restringem à argumentação meramente jurídica, mas, ao contrário, representam a necessidade de serem dirimidas pela integração de conhecimentos multidisciplinares, tem-se a necessidade de franquear maior abertura à participação no processo de outros atores sociais, por intermédio de instrumentos processuais já conhecidos no contexto pátrio e internacional, como o *amicus curiae* e as audiências públicas, que oportunizam a participação popular na dinâmica processual.

Faz-se ainda necessário o investimento na formação e atualização dos magistrados e dos demais operadores do Direito, mormente os legitimados para o ajuizamento da ação civil pública, a fim de que possam ter acesso a um conhecimento multidisciplinar²⁷⁹, com o escopo de que se tornem conscientes de seu novo papel no meio social, de modo a abandonar uma atuação meramente técnica, incentivando-os a assumir o papel de verdadeiros transformadores sociais²⁸⁰.

Outrossim, como bem obtempera DANIEL WEI LIANG WANG, este obstáculo não é exclusivo aos operadores do Direito, mas também é sentido pelos representantes políticos, pois “nenhum representante eleito, burocrata ou instituição é capaz de conhecer todas as demandas da sociedade e ponderá-las com a mesma consideração”²⁸¹.

²⁷⁹ Nas palavras de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO: “Para assumir essas graves incumbências, deve ser capaz de analisar relatórios técnicos, de interpretar dados econômicos, sociológicos, políticos; deve poder lidar com um conhecimento multidisciplinar. Decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharalesca que ainda predomina no ensino jurídico”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais... cit., p. 531)

²⁸⁰ JÔNATAS LUIZ MOREIRA DE PAULA defende a visão do Poder Judiciário como responsável pelo controle moderação dos excessos dos demais poderes. Segundo a autora, “para atingir tal desiderato, é preciso que o magistrado se conscientize de que, diante dos obstáculos levantados pelos dogmas da “ciência do direito”, deve operar-se um corte epistemológico que lhe permite conhecer a realidade e inserir-se nela para transformá-la, saindo da condição de mero observador para integrar-se ao objeto de seu estudo, isto é, (re)pensar o direito sob uma óptica de transformação de seu objeto, inserindo na práxis”. (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social...* cit., p. 30)

²⁸¹ WANG, Daniel Liang. *Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2009. p. 37.

Decretar o fracasso do Poder Judiciário de intervir para controlar as decisões de interesse social sem antes retirá-lo do viés liberal clássico que rege o seu procedimento se perfaz como conclusão precoce e destoa do espírito constitucional de união de esforços de todos os Poderes e da sociedade civil para superar os graves problemas sociais. O desafio foi lançado pela Constituição e os obstáculos devem ser superados com ousadia, mas sem perder o equilíbrio e harmonia entre as funções estatais.

2.5 Conclusões parciais

O rompimento com os dogmas do Estado Liberal e a construção de um Estado Democrático de Direito ampliaram o espectro da função do Poder Judiciário, inserindo-o nos debates de alta relevância social e política. Neste momento, abandona-se o paradigma liberal de que o Poder Judiciário é mero chancelador das opções políticas realizadas pelos demais Poderes, libertando-o da neutralidade resultante de uma atuação formal e mecânica.

Neste sentido, reconhece-se no Poder Judiciário um canal democrático para a irrisignação dos cidadãos contra as disfuncionalidades advindas da política representativa dos demais Poderes, quando a questão esbarra na violação de direitos legalmente ou constitucionalmente protegidos. A instância jurisdicional torna-se, assim, *locus* de participação direta da sociedade civil na gestão pública.

Diante deste novo contexto, os conflitos jurisdicionais ganham nova dimensão e libertam-se dos limites estreitos dos conflitos individuais e da justiça comutativa. Neste momento, os interesses em questão tornam-se plurissubjetivos e a pretensão refere-se à justa distribuição do bem comum, portanto, novo e complexo desafio que o Poder Judiciário deve cumprir.

Entre as funções postas ao Poder Judiciário está o controle das políticas públicas, estas compreendidas como programas de ação governamental, consubstanciadas por um conjunto de medidas e ações estratégicas que têm como objetivo a realização de um direito. A formulação destas ações estratégicas consolida-se por meio de opções políticas do Poder Legislativo, Poder este que se responsabiliza pela

regulamentação genérica e abstrata das políticas públicas, e também pelo Poder Executivo, este atuando de forma mais específica e concreta.

A despeito da competência prioritária destes Poderes, ainda assim a matéria não está infensa à revisão jurisdicional. A ampla margem de liberdade do gestor na escolha das formas para se colimar a efetivação do direito nada mais é do que a expressão da discricionariedade administrativa. Este instituto relaciona-se à possibilidade de escolha de várias opções insertas na norma, as quais podem ser reveladas nos diversos sentidos outorgados aos conceitos jurídicos indeterminados. A larga margem de liberdade do administrador público, contudo, não significa poderes ilimitados, pois o Poder Judiciário está autorizado a intervir quando este ato volitivo da Administração Pública desborda o espectro razoável de intelecção do conteúdo da norma.

As críticas à judicialização das políticas públicas encontram respostas na legitimidade democrática do Poder jurisdicional. Contudo, há que se traçar limites a estas atuações, principalmente quando o direito que se relaciona à ação ou a omissão do Poder Público não apresenta na lei ou na Constituição Federal parâmetros bem delineados. Neste caso, a legitimidade jurisdicional estará condicionada ao potencial de racionalidade argumentativa da decisão judicial, baseada nas diretrizes informadoras da técnica da ponderação.

PROCESSOS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Processo Coletivo Moderno

3.1.1 Evolução da Ciência Processual

A evolução da Ciência processual é resultado das transformações culturais e políticas sentidas no seio da sociedade. O amadurecimento do verdadeiro valor e sentido outorgado às normas instrumentais é um produto histórico, construído pelo debate doutrinário, fruto de pressões externas que exigiram do processo um compromisso com o espírito político e com os anseios sociais de cada época.

O processo de formação da ciência processual iniciou-se com a revisitação da natureza da *actio* do Direito romano. Malgrado a importância direcionada às formas e às solenidades inerentes ao procedimento²⁸², os romanos não visualizavam a autonomia do processo frente ao direito material. Portanto, a *actio* se confundia com o próprio direito subjetivo, fazendo-se absorvida pelo fenômeno do direito material. O rigorismo e as formalidades inerentes ao procedimento da *actio* representavam apenas facetas do Direito substancial e não dogmas de uma ciência autônoma.

A ordem jurídica romana consistia, portanto, em um sistema de ações e não um sistema de direitos²⁸³. Em consequência, somente seria titular da *actio* aquele que provasse a titularidade do direito subjetivo material, em outras palavras, aquele que, no

²⁸² A evolução do processo civil romano divide-se em três períodos: o das *legis actiones* (de 745 a.C. até 149 a.C.), o *per formulas* (149 a.C. até 209 d.C.) e o da *extraordinária cognitio* (209 d.C. até o fim do Império Romano). O primeiro deles caracterizava-se pelo formalismo extremado, pois a técnica fazia-se eminentemente imbuída do misticismo religioso. O segundo tornou-se menos formalista e mais célere, ganhando conformação mais racional. O último período deixou de ser bipartido, passando-se a ter o seu desenvolvimento perante uma única autoridade, tornou-se público e a decisão do magistrado deixa de ser apenas um parecer jurídico para ganhar natureza de comando vinculante de um órgão estatal. (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001. p. 41-48)

²⁸³ No escólio de CRUZ E TUCCI e AZEVEDO: “Os romanos não diziam “eu tenho um direito” (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo, mas “eu tenho uma ação””. (Idem, p. 45)

caso concreto, lograsse demonstrar um direito realmente existente²⁸⁴. Portanto, podia-se se dizer que o direito dependia de uma ação que o tutelasse²⁸⁵.

Essa concepção de “ação” como direito material em movimento, que, como visto, tem sua matriz no Direito romano, serviu de fundamento para a teoria civilista, que se consolidou como doutrina majoritária até meados do século XIX.

Arraigada nas premissas do Direito romano, a doutrina civilista, também denominada imanentista, clássica ou sincrética, compreendia a ação como inserta em um dos capítulos do Direito Privado. A ação não era analisada como um instituto apartado do direito material, mas se confundia com o próprio direito violado²⁸⁶, perpetuando a dependência existencial entre Direito e ação.

Seguindo a racionalidade da teoria civilista, se Direito e ação integravam-se um só plano, não havia razão para o desenvolvimento de institutos próprios do processo civil. Por se tratar de mero apêndice do direito material, o processo era estudado por uma perspectiva eminentemente prática, como mera sucessão de atos e formas. Sua compreensão se fazia por meio de simples métodos exegéticos e sem qualquer preocupação com o desenvolvimento científico de seus institutos e com a definição de conceitos, podendo-se denotar uma completa despreocupação com a harmonia e com a coordenação dos atos processuais²⁸⁷. Neste contexto, não se identificava a relação jurídica processual estabelecida entre os litigantes e, em virtude disso, as garantias dos jurisdicionados em relação ao procedimento também eram olvidadas.

Foi na metade do século XIX, na Alemanha, que soaram as primeiras vozes na defesa da autonomia do direito de ação, com o seu desprendimento da concepção do Direito Privado.

Um dos mais destacados juristas da fase autonomista foi OSKAR VON BÜLOW, a quem foi conferido o mérito de distinguir os planos do direito material e do direito

²⁸⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 33.

²⁸⁵ JOSÉ DOS SANTOS BEDAQUE analisa que a recíproca desta assertiva não era verdadeira. Para o processualista, no *Corpus Iuris* a ação não necessariamente pressupunha a violação ao direito material. Portanto, para Bedaque, embora todo direito correspondesse a uma ação, nem toda ação correspondia ao direito, pois a pretensão não necessitava conter no Direito objetivo, mas bastava estar amparada por uma *actio*, podendo o magistrado julgar, inclusive, contra a lei. (BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo...* cit., p. 28-29)

²⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...*, cit., p. 268.

²⁸⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: RT, 2011. p. 19.

processual no ordenamento jurídico, como duas relações jurídicas autônomas e independentes. Este jurista logrou êxito em demonstrar que os elementos da relação jurídico-material diferem da relação jurídica estabelecida no processo²⁸⁸. Vislumbrou, portanto, a diferenciação quanto aos sujeitos processuais, com fulcro na formação triangular, e não mais angular da relação jurídica estabelecida. Apontou ainda pressupostos diferenciados e inerentes à relação processual, descortinando uma ciência autônoma, consubstanciada em um método racional para a aplicação do direito objetivo, que com ele não se confunde.

Aos poucos esta teoria foi influenciando as discussões jurídicas, consolidando a autonomia do processo civil e rompendo definitivamente com a compreensão civilista da ação. Diante deste contexto, houve um despertar da comunidade jurídica da época para o estudo dos requisitos e elementos ínsitos à relação jurídica processual, como os pressupostos processuais, condições da ação e novas teorias, todas voltadas à reafirmação da autonomia desta nova Ciência que estava a florescer²⁸⁹.

Sob os auspícios dos influxos racionais do século das luzes, a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais foi alvo de dissensos entre os processualistas da época, mormente quanto à natureza da ação e da tutela jurisdicional. De todo modo, as atenções convergiram à justificação dos elementos subjacentes ao processo enquanto fenômeno distinto do direito material, irrompendo a fase autonomista do direito de ação.

No entanto, com o tempo, constatou-se que a construção teórica da autonomia do direito processual inclinou-se para o isolamento e o formalismo infundado, afastando-o das necessidades da sociedade e dos valores inerentes à Justiça. A racionalidade, alicerçada tão somente na processualística pura e desvincilhada de

²⁸⁸ BÜLOW fundamentou sua tese no direito romano clássico: a partir da estruturação bifásica do processo civil romano do período das *legis actiones* e *per formulas*, o mestre alemão buscou demonstrar uma relação de preliminariedade entre questões processuais e questões de mérito. As questões processuais eram examinadas pelo pretor no momento da *litiscontestatio*. Passada esta fase, o *iudex* escolhia as provas sobre as alegações e julgava a causa. Em sua obra “*Die Lehre Von den Processeinreden und die Proceßvoraussetzungen*”, BÜLOW concluiu pela existência processual despreendida do direito material, em razão dos requisitos próprios de formação e desenvolvimento do processo, os denominados pressupostos processuais. (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código de Buzaid. *RePro*, n. 183, p. 165-194, São Paulo, RT, mai. 2010. p. 167-168).

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 261.

qualquer finalidade e valor, infirmava a imbricação entre Direito e processo, tratando-os como institutos isolados, independentes e desarmônicos.

Ao final, compreendeu-se que a abstração do direito processual havia sido levada às últimas consequências: institutos como ação, jurisdição, exceção e processo, foram concebidos como fins em si mesmos, divorciados de finalidades e de valores políticos, sociais e das reais necessidades dos jurisdicionados.

Com o passar dos anos, a doutrina processual compreendeu que a autonomia não bastava por si só. O tecnicismo puro e vazio ia de encontro aos reais anseios da sociedade e não servia à prestação jurisdicional enquanto direito subjetivo de todo o cidadão. Nesta linha, os doutrinadores começaram a se preocupar com a investigação do verdadeiro escopo da técnica processual e dos resultados que ela poderia trazer para a efetiva solução dos conflitos sociais.

Iniciava-se o surgimento do terceiro momento metodológico, a fase instrumentalista, “caracterizada pela consciência da instrumentalidade como importante pólo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e na prática do processo”²⁹⁰.

Neste momento, o processo passa a ser visto como instrumento de realização do direito material e, para tanto, deveria desenvolver técnicas para adequar, adaptar e conformar a natureza de seu objeto com o seu fim.

Nesta nova fase metodológica, as normas processuais passaram a ser vistas sob a ótica dos resultados produzidos perante a sociedade. A técnica processual tornou-se a expressão do Estado para a pacificação da justiça e também deveria servir a dar efetividade a seu objeto, ou seja, a dar efetividade ao direito material. A Ciência, portanto, não é mais visualizada como um fim em si mesma, mas sim sob o ponto de vista teleológico e finalístico; vale dizer, a Ciência processual deve estar a serviço do direito material, sem que esta assertiva enseje qualquer conotação adjetivista ou de segunda categoria ao direito processual.

A fase instrumentalista avançou ao desvelar o escopo do processo como método eficiente para veicular o direito material e proporcionar o alcance de uma ordem jurídica justa. De outro vértice, em que pesem os avanços conquistados, ainda

²⁹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros *Manual do processo coletivo...* cit., p. 22.

preponderava o enfoque eminentemente técnico do processo, lastreado em uma visão puramente formalista e uma interpretação mecânica que ainda estavam arraigadas à comunidade jurídica da época, podendo-se afirmar que o único valor festejado pelos processualistas era a efetividade, mesmo assim somente a partir da década de 70 do século passado²⁹¹.

Em linha de evolução, foram surgindo novos pensamentos críticos fincados na imprescindível premissa de construção do processo civil voltado às exigências e às necessidades da sociedade moderna. Entre eles, destaca-se o movimento denominado “acesso à justiça”.

Esta corrente alicerçou-se no repúdio pelo entendimento mecanicista de aplicação das normas, defendendo, em contrapartida, a possibilidade de o jurista intervir para realizar reformas aptas a buscar o verdadeiro alcance da justiça e ainda para ampliar o seu acesso²⁹².

Como visto no Capítulo anterior, a superação do legalismo puro ocorreu com as Constituições modernas, que franquearam um novo perfil à normatividade, alvo dos influxos axiológicos que permeavam a sociedade pós-Segunda Guerra Mundial. A partir deste novo paradigma democrático, os preceitos constitucionais irradiaram-se em todos os ramos do Direito, assim como ao direito processual.

Caracteriza-se, desse modo, a quarta fase da evolução processual, em que os institutos e escopos do processo civil passam por uma releitura, proposta por intermédio de um espectro constitucionalista, o qual outorga novos contornos à fase instrumentalista. Fala-se atualmente em instrumentalismo substancial²⁹³, formalismo valorativo²⁹⁴ ou neoprocessualismo²⁹⁵.

²⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil...* cit., p. 02-03.

²⁹² MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, na obra “Acesso à Justiça” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988), propõem soluções práticas para o acesso à justiça: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar de simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

²⁹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*, p. 29-36.

²⁹⁴ Esta é a expressão empregada por CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA para reafirmar esta nova fase do processo civil, em que a técnica passa a segundo plano, sendo sobreposta pelos princípios constitucionais,

Nesta nova fase metodológica, não mais se admite que o conteúdo subjacente ao processo seja somente a técnica traduzida em um procedimento puramente lógico, resultando, ao final, em um instrumento neutro. Ao contrário, o processo, como fenômeno cultural, será inevitavelmente direcionado por fatores externos²⁹⁶, expressos por meio das opções ideológicas da sociedade de uma determinada época. Enfim, à técnica une-se à ética²⁹⁷.

As normas de qualquer natureza devem servir ao valor justiça e, para tanto, devem estar rente à realidade social, sob pena de perderem eficácia e falharem em sua função social. Compreende-se, enfim, que a técnica desconexa com os escopos sociais somente solucionará o continente e não o conteúdo²⁹⁸. Para a definição da lide sociológica, o processo e o direito material devem manter uma estreita aproximação, formando um sistema coerente e aderente, permitindo a penetração ao direito processual dos valores inerentes ao elemento objetivo e alterando o seu modo de ser acordo com as necessidades ditadas pelo direito substancial.

A Constituição Federal se perfaz como fator de unificação entre estes dois planos²⁹⁹, pois, não obstante contemplar o direito material, resguarda o direito processual, erigindo-o a *status* de garantia constitucional e de Direito fundamental³⁰⁰.

principalmente aqueles que veiculam direitos fundamentais. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil...* cit.)

²⁹⁵ “O Neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”. (CAMBI, Eduardo; *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 115).

²⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil...* cit. p. 03.

²⁹⁷ “Nessa concepção axiológica de processo como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não mais pode prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e justiça”. (BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo...* cit., p. 24)

²⁹⁸ “A liberalização prodigalizada do direito de ação acaba por reduzir a ação judicial a um direito de simples movimentação da máquina judiciária, em modo de uma contraprestação do Estado ao pagamento da taxa correspondente ao serviço judiciário, o que está longe do vero conceito de direito de ação, a ser compreendido no sentido de que a função judicante deve resolver não só o continente – ação e processo – mas (e principalmente) o conteúdo – a lide; ou, se quiser, a intervenção judicial deve resolver não só a crise propriamente jurídica, mas também a sociológica, subjacente àquela”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007. p. 510)

²⁹⁹ “Acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é este o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 13)

³⁰⁰ ZANETI JR., Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 146.

Deste modo, os dois planos são tratados de forma isonômica e simétrica. Este efeito irradiador da Carta Política decorre da premissa de que se trata de diploma que reúne as opções políticas e sociais de uma dada sociedade e que, indubitavelmente, tem efeito direto sobre as bases do direito material e processual, por se tratar de seu pressuposto de validade. São os preceitos constitucionais que determinam o escopo entre direito e seu instrumento, e, em consequência, a complementariedade entre as esferas, não em sua base ontológica, mas funcional.

Neste contexto, surgem as denominadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, flexibilizando o plano metodológico com vistas à efetivação das situações do Direito substancial e como alternativa para a insuficiência da ordinarização do processo civil clássico³⁰¹.

Às garantias e aos princípios decorrentes do devido processo legal também é dada nova dimensão, afastando a sua compreensão realizada por intermédio das visões unilaterais das partes e como se direitos subjetivos individuais fossem. Ao contrário do modelo clássico, modernamente estas garantias são analisadas pela ótica social, de acordo os valores que consubstanciam o espectro da Justiça.

Eis um novo modelo processual: o processo coletivo. É por esta visão axiológica que o processo coletivo será abordado neste presente trabalho, justamente por se tratar de um fenômeno inserto nesta quarta fase metodológica do processo civil, em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passam a direcionar as premissas do Direito instrumental.

3.1.2 Processo coletivo moderno: redefinição de um novo modelo processual

As bases do processo civil clássico espelhavam-se na racionalidade de um Estado de matriz liberal, firmando um pacto rígido com a técnica, sem qualquer preocupação com o princípio da efetividade do direito material e com os reflexos que o provimento jurisdicional poderia fazer-se sentir perante a sociedade³⁰².

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. São Paulo: RT, 2006. p. 29.

³⁰² Sobre o assunto, CARLOS ALBERTO DE SALLES ressalta que o Direito processual clássico não tinha qualquer comprometimento com o conteúdo dos direitos materiais, mas tão somente com a realização de seus objetivos internos. (SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES,

O modelo individualista aproximava o *iter* procedimental a uma equação quase matemática, mecânica, refratária à permeabilidade de qualquer ideologia. Para tanto, o órgão julgador deveria ser neutro e, durante o desenvolver do procedimento, restringia-se a fiscalizar a ordem e a formalidade dos atos processuais, prolatando ao final, uma decisão vinculativa e coercitiva às partes³⁰³, mantendo-se, assim, indiferente aos resultados produzidos. Não era por outra razão que os poderes do magistrado eram reduzidos, transformando-o em um mero burocrata.

Esta neutralidade do modelo individual contaminava também os demais institutos do processo civil. Os procedimentos eram rigidamente padronizados e estruturados de forma a refletir nos institutos processuais as situações clássicas de contraposição dos direitos obrigacionais, atribuindo a uma das partes a função de credor e, à outra, a função de devedor³⁰⁴, consagrando, ainda, a incoercibilidade do *facere*³⁰⁵. Ademais, não havia preocupação com as diferenças entre os litigantes em potencial ao acesso à justiça³⁰⁶, pois a tônica estava na isonomia formal entre as partes, tão cara aos valores da época.

Ainda no modelo individual, aos institutos processuais era franqueada uma interpretação restritiva, exigindo, no que se refere à legitimidade de agir, uma coincidência exata entre o sujeito titular do direito material e o titular da pretensão posta em juízo.

No que diz respeito à coisa julgada, garantia emblemática do Estado Liberal, esta era interpretada como o confinamento estrito da eficácia da decisão às partes envolvidas na relação processual, defeso de ser extensível a terceiros³⁰⁷.

Como nos mostra a história, o Estado Liberal foi substituído pelos valores de solidariedade e coletivismo, ínsitos ao Estado Social. Por derradeiro, os preceitos democráticos, a sobreposição dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa

Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 45)

³⁰³ CARLOS ALBERTO DE SALLES destaca a equivocada compreensão da época de que a coercibilidade das decisões judiciais era a finalidade máxima do sistema processual, não havendo qualquer preocupação com os escopos sociais e políticos do processo. (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p. 38)

³⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “direitos difusos”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 07.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória...* cit., p. 29.

³⁰⁶ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça...* cit., p. 2.

³⁰⁷ VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 27-28.

humana, elevada a fundamento político de um país, consolidaram as bases para o Estado Democrático de Direito.

Neste novo modelo institucional, os direitos sociais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, possibilitando ao titular pleitear a sua satisfação contra o Estado. Esta nova função transformou o Poder Judiciário em instância adequada para a reafirmação da cidadania e franqueou um viés político a este Poder, elevando-o a categoria de meio alternativo de gestão da coisa pública³⁰⁸.

Ao lado dos direitos sociais, os direitos de terceira geração, ínsitos à sociedade de consumo e à economia de massa, deflagraram uma inflação legislativa³⁰⁹, cujos conflitos desaguaram no Poder Judiciário. Tais direitos, registrados pela marca da “transindividualidade”³¹⁰, necessitavam de um instrumento plural e democrático para veicular as pretensões decorrentes de sua violação³¹¹.

Estas profundas alterações nas opções ideológicas do Estado, refletidas no direito material, exigiram mudanças estruturais no processo civil, forçando que o instrumento se adaptasse à efetivação e à implementação dos direitos que emergiram das novas dimensões da sociedade moderna.

Nesta linha, a função jurisdicional foi aos poucos ampliando seu espaço de atuação, imiscuindo-se em novas questões de natureza política e econômica, deliberando sobre os assuntos de interesse público e intervindo na defesa e proteção de novos bens³¹². O resultado foi a explosão de litigiosidade, pois as violações aos direitos

³⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *RePro*, n. 97, p. 9-15, São Paulo, RT, 2000. p. 10.

³⁰⁹ “O desenvolvimento social, econômico e tecnológico sem precedentes do século XX faz com que a sociedade se tornasse crescentemente mais complexa e radicalmente especializada em suas funções e novos direitos fosse positivados. O direito viu-se incumbido de regular cada vez mais aspectos da vida social, adentrando em áreas nunca antes disciplinadas”. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 40)

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. v. 1. São Paulo: RT, 2007. p. 737.

³¹¹ “A partir dos anos 70 a 80 verifica-se um descompasso, por um lado, um sistema judiciário feito dentro de arquétipos liberal-burgueses, para sociedades estabilizadas, integradas e voltado a conflitos interindividuais; por outro, uma estrutura social muito complexa, que enfrentou um processo de ruptura das condições de crescimento em taxas significativas e, com isso, gera uma série de problemas que aumentam o perfil qualitativo dos conflitos, tornando-os altamente violentos, coletivos e difíceis de serem captados e digeridos pelo sistema de justiça”. (FARIA, José Eduardo. A definição de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil de interesse público*. São Paulo: RT, 2003. p. 83-84)

³¹² ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 75.

deixaram de ser individuais e passaram a configurar violações em massa³¹³, forçando respostas estratégicas, preventivas e também coletivas do Poder Judiciário.

Neste contexto histórico, desvela-se a insuficiência do modelo processual individual, pois os conflitos sociológicos subjacentes ao processo não mais se verificam como simples relação binária e linear entre credor e devedor, mas, ao contrário, tornam-se plurilaterais, comuns a uma coletividade, caracterizados por não terem lastro em uma relação jurídica base bem definida³¹⁴. O objeto passa a ser também de natureza indivisível, e, em virtude disso, impossibilita a fragmentação da solução de interesses em demandas individuais.

Com efeito, os métodos tradicionais não exprimiam ao processo o caráter social necessário para que o instrumento servisse à sua finalidade e se adequasse aos novos anseios sociais descritos no arcabouço constitucional. O questionamento do modelo processual individual passa necessariamente pela revisitação dos institutos clássicos, imprimindo uma nova leitura à luz das ideologias que permeiam a sociedade contemporânea.

Neste sentido, a exigência da legitimidade de agir condicionada à identificação de um titular certo e determinado do direito levado a juízo contrastava com a pluralidade democrática ínsita ao Direito social.

A restrição da cláusula da coisa julgada limitada às partes presentes no conflito jurisdicional representava a incapacidade do modelo individual de dar resposta à isonomia material entre os indivíduos que se encontravam em igual situação fático-jurídica. Os modelos rígidos de preclusão e a interpretação restritiva das normas processuais infirmavam o valor da máxima efetividade esperada pelos jurisdicionados para a satisfação de seus direitos. O modelo tradicional de adjudicação ainda desprezava os efeitos secundários da prestação jurisdicional, entre os quais, o de estimular as partes a uma solução conciliatória³¹⁵.

³¹³ “Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contrastes grupos, categorias, classes de pessoas”. (GRINOVER, Ada Pellegrini A ação civil pública refém do autoritarismo. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236)

³¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 08-09.

³¹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 48.

Alicerçados na premissa de insuficiência do modelo processual clássico, os processos coletivos surgiram como respostas a este novo contexto político-social.

3.1.2.1 Class actions

O desenvolvimento e a evolução do direito processual coletivo passa necessariamente pela análise e pelo estudo da historicidade dos países que integram o sistema do *common law*.

As ações coletivas têm origem no Direito inglês³¹⁶, mas a ênfase ao potencial político e social³¹⁷ destas ações deve ser dada à institucionalização e ao desenvolvimento das ações coletivas no Direito norte-americano, as denominadas *class actions*.

Estas ações tornaram-se instrumentos efetivos a partir de sua sistematização no texto da *Rule 23* das “Normas de Processo Civil Federal” (*Federal Rules Civil Procedure*), promulgadas em 1938, o qual sofreu, posteriormente, alterações até culminar nas disposições atuais³¹⁸.

O instrumento poderoso e inovador em matéria de direitos coletivos nos Estados Unidos da América despertou a importância do regramento e da sistematização

³¹⁶ STEPHEN C. YEAZELL (*From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987) relata que a gênese das ações coletivas encontra-se na Inglaterra, com início no período medieval (século XII), momento em que já era autorizada a seleção de algumas pessoas que seriam demandadas em nome do grupo (partes representativas). A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. No século XVII, as cortes inglesas perceberam que, em determinadas circunstâncias, a observância do litisconsórcio necessário, com a integração de todos os indivíduos interessados no julgamento da lide, tornava inviável o andamento regular do processo, tornando o litisconsórcio impraticável. Deste modo, o *bill of peace* passou a permitir ações representativas (*representative actions*), na qual um membro do grupo representava em juízo todos os demais, fazendo coisa julgada *erga omnes*.

³¹⁷ “Mais de 50% das *class actions* aforadas referem-se aos direitos fundamentais do cidadão (*civil rights*), e geralmente são lastreadas no Título VII do *Civil Rights Act*, de 1964, que proíbe a discriminação racial, religiosa, de sexo e de cidadania, por empregadores e sindicatos. Muitas delas são ajuizadas por presidiários alegando violação de seus direitos fundamentais”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 28)

³¹⁸ As “Normas do Processo Civil Federal” disciplinam o processo civil nos juízos federais e constituem um conjunto de normas (*rules*), emanadas da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de delegação do Poder Legislativo americano. A despeito das ações representativas terem sido codificadas pela primeira vez no sistema de equidade americano, através da *Federal Equity Rule 48* de 1842, foi a normatização de 1938, na Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, que determinou a união dos sistemas da *equity* e da *law* no sistema norte-americano, contribuindo para o desenvolvimento das *class actions*. O texto original foi alterado substancialmente em 1966, com a inserção dos requisitos de cabimento e os aspectos procedimentais, e, posteriormente, sofreu alterações em 1988, 1998, 2003 e 2007.

de um modelo de processo coletivo nos demais países, inclusive com significativa influência daqueles integrantes do sistema do *civil law*³¹⁹.

As *class actions* descortinaram um novo conceito de eficácia e eficiência do sistema processual, com a consagração de institutos que desafiaram os conceitos tradicionais do processo civil clássico e outorgaram instrumentos adequados para o exercício da dimensão política do Poder Judiciário. Por estas razões, tornaram-se paradigma de comparação.

O momento de destaque no cenário nacional e internacional das *class actions* ocorreu em 1950, com o emblemático caso *Brown v. Board of Education*. O escopo de erradicar o sistema educacional dual, que separava negros e brancos nas escolas americanas, forçou o Poder Judiciário a oferecer mecanismos eficientes de transformação da realidade social, disponibilizando instrumentos coercitivos, aptos a garantir a reconstrução de uma instituição social³²⁰, historicamente arraigada na segregação racial.

Iniciava-se assim uma fase de intenso ativismo judicial³²¹, reconhecendo-se a potencialidade do Poder Judiciário em concorrer para solução das mais importantes deliberações políticas e sociais do país norte-americano.

Para tanto, foi necessário outorgar uma nova dimensão ao fenômeno da *adjudication*, ou seja, à solução dos conflitos por intermédio do Poder Judiciário. O tradicional significado de adjudicação traduzia-se no modelo jurisdicional individual e privado que dominava o contexto do século XIX, ganhando, posteriormente, uma conotação de interesse público, diante das transformações estruturais das bases sociais e econômicas³²².

³¹⁹ Segundo o relatório produzido com os resultados colhidos no XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, Brasil, Colômbia, Israel, Noruega, Portugal e Suécia, Províncias de Catamarca e Rio Negro na Argentina contemplam em seus ordenamentos jurídicos um sistema de processos coletivos. Argentina, Bélgica, Costa Rica, Dinamarca, Holanda, Japão, Peru, Rússia, Uruguai e Venezuela contam com algumas disposições legais ou técnicas referentes aos processos coletivos. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. p. 7)

³²⁰ FISS, Owen. *Um novo processo civil...* cit., p. 28.

³²¹ Este momento é denominado “*Warren Court*”, pois a Suprema Corte esteve sob a presidência de Earl Warren e, durante este período, predominou jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

³²² “Esse espaço público, que passa a ser objeto de intervenção judicial, é, de sua feita, decorrente da crescente atividade legislativa e regulamentar do Estado, dirigida à modificação e disciplina de fatores básicos da organização social e econômica. Sob os pressupostos estritamente liberais, a função do direito

Neste contexto, emerge a reforma estrutural, que, consoante ao entendimento de OWEN FISS, trata-se de um tipo de adjudicação diferenciada pela função do órgão julgador de outorgar, no processo social, o caráter constitucional dos valores públicos. Vale dizer, o processo torna-se instância adequada para que o magistrado confira significado aos valores públicos, posicionando-se em confronto com as burocracias estatais e demais organizações de grande porte, com o escopo de eliminar a ameaça imposta a tais valores³²³.

Visando a alcançar este desiderato, ou seja, para que o juiz pudesse cumprir o seu papel de dar significado aos valores sociais e pronunciar-se sobre os temas de interesse público, garantindo autoridade ao processo de adjudicação, era imprescindível desvencilhar-se do modelo tradicional de processo, ajustando o *iter* procedimental ao compromisso constitucional.

Inicia-se, desse modo, as bases para a construção de um processo de interesse público (*public law litigation*). ABRAM CHAYES, professor da Universidade de Havard, é o precursor deste novo desenho de litigância³²⁴.

Na perspectiva de ABRAM CHAYES, o modelo de litigância tradicional, baseado na visão do processo como um veículo para dirimir questões entre pessoas físicas e direitos privados, fornece uma estrutura destituída de embasamento profícuo e tendente a causar uma impressão errônea para alcançar a praticidade ou a legitimidade dos papéis do juiz e do tribunal³²⁵.

Segundo o autor, a estrutura tradicional da ação pauta-se na bipolaridade entre as partes litigantes ou entre os interesses unitários, que se posicionam de forma

está em salvaguardar as autonomias individuais. Sob essas premissas, os objetivos da sociedade surgem da soma das vontades individuais. Com o advento do Estado social, o próprio direito passa a incorporar objetivos sociais, os quais não são simples soma das autonomias individuais, mas metas e valores definidos a priori pelos vários processos decisórios da sociedade”. (SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo civil de interesse público... cit., p. 56)

³²³ FISS, Owen. Op. cit., p. 26-27.

³²⁴ O novo modelo de litigância proposto por CHAYES decorre do interesse público que passa a ser objeto jurisdicional, com o reconhecimento de que o Judiciário faz parte do processo político: “*I would, I think, go further and argue that just as the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new modelo reflects na relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process*”. (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 7, v. 89, may 1976. p. 1304)

³²⁵ Idem, p. 1281.

diametralmente oposta, para ser decidida na base de “o vencedor leva tudo”. O litígio direciona-se em retrospectiva, com vistas a identificar acontecimentos completos e suas consequências para as duas partes. Direito e remédio são interdependentes e a prestação jurisdicional decorre da resposta à violação do Direito substancial, visando, assim, à composição do prejuízo causado. Ainda na adjudicação tradicional, o envolvimento e a atuação da corte terminam com a prolação da sentença, sendo que o impacto do julgamento é restrito às partes, com a simples transferência compensatória, que, regra geral, se faz em dinheiro. Por fim, o processo é parte iniciado e parte controlado, sendo que o desenvolvimento dos fatos é de responsabilidade das partes, e o juiz do julgamento é apenas um árbitro neutro, que somente decide questões colocadas pelas partes em juízo³²⁶.

Por outro lado, a adjudicação do modelo público de litigância não se caracteriza pela sua estrutura bipolar, mas sim por ser difusa e amorfa, sujeita a mudanças no curso do litígio. Em todos os pontos, a relação de adversários é elástica e mixada com processos de negociações e intermediações.

Segundo a doutrina de ABRAM CHAYES, este novo modelo tenta solucionar a questão prospectivamente, estando, portanto, voltado às consequências futuras e não mais históricas, de modo a modificar uma linha de conduta ou uma condição existente. O contorno da controvérsia também não decorre da violação ao direito substancial, mas a decisão judicial é um processo discricionário, construído pelas partes e pelo juiz, com o escopo de avaliar as políticas públicas que podem corrigir as irregularidades. Neste modelo de litigância, o juiz passivo não mais persiste, passando o órgão julgador a intervir de forma ativa, gerenciando o conflito, de modo a assegurar o resultado justo, uma vez que suas decisões terão efeitos sobre pessoas estranhas ao julgamento. Assim, o juiz passa a ser figura dominante e solicita ajuda não apenas das partes e dos advogados, mas de uma vasta gama de pessoas externas ao caso. Por fim, a intervenção jurisdicional não se restringe a uma decisão final, mas exige um acompanhamento prolongado pelo juízo³²⁷.

³²⁶ Idem, p. 1282-1283. São exemplos do *public law litigation* declinados por Chayes: a discriminação racial na escola; a discriminação no emprego; os casos de direitos de presidiários ou de internos; as fraudes no seguros, a falência e reorganização, a governança das corporações, a discriminação de habitações e a redistribuição de verbas para eleições, o gerenciamento ecológico. (CHAYES, Abram. Idem, p. 1281)

³²⁷ Idem, p. 1296-1302.

Estes são alguns traços dos conflitos jurisdicionais que têm como objeto subjacente o interesse social. Pelas ponderações tecidas, é possível concluir que a sua estrutura não mais se coaduna com as normas do processo civil comum, de adjudicação tradicional, mas, ao contrário, exige que a processualística contemporânea acompanhe a evolução do novo *munus* exercido pelo Poder Judiciário: o de dar real contorno aos valores constitucionais³²⁸.

A estrutura das *class actions*, bem como suas recentes alterações, visam a cumprir com a efetividade esperada do instrumento processual coletivo³²⁹. Nos termos da regulamentação da Regra 23, para a admissibilidade das *class actions*, deve-se analisar previamente quatro pré-requisitos (*threshold requirements*), sem embargo daqueles exigidos para qualquer ação comum.

O primeiro deles é o denominado de *numerosity*, exigindo, para a admissibilidade das ações de classe, que a reunião de todos os membros em litisconsórcio, original ou pela posterior intervenção, seja impraticável em razão de sua numerosidade. Neste caso, a impraticabilidade (*joinder impracticability*) não deve ser interpretada como impossibilidade, mas dificuldade e inconveniência de se administrar um processo com a presença de todos os interessados³³⁰.

Há ainda a obrigatoriedade da observância da *commonality*, requisito pelo qual se compreende que as questões de direito e de fato devam ser comuns à classe, possibilitando uma decisão unitária. Pode haver casos em que aparentemente a situação é a mesma para todos, mas o grupo internamente possui conflitos de interesses ou uma argumentação individual diferenciada. Neste caso, pode haver divisão em subgrupos, enquadrando-os de acordo com a coerência de argumentos, ou ainda o pedido e a causa de pedir podem ser restringidos, de forma a excluir aqueles que destoam do perfil da

³²⁸ “El Poder Judicial norteamericano juega un amplio papel político y social. Los jueces con frecuencia crean políticas públicas de carácter sustantivo y regulan la sociedad por medio de los precedentes dictados en las sentencias de litigios privados. Aunque el juez juega un papel central en el sistema legal norteamericano, los efectos derivados de un sistema de jurado deben ser también considerados para si poder entender sus técnicas procesales. (GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=98>> Acesso em: 04 de janeiro de 2012. p. 7)

³²⁹ Na visão de ANTÔNIO GIDI, os três principais objetivos das *class actions* são a promoção da economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material. (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p. 25)

³³⁰ Idem, p. 73.

ação em curso, ou, por fim, concluir que não é possível o prosseguimento da ação coletiva, devendo o pleito ser veiculado por ação individual.

Sobre este requisito, trazemos o importante esclarecimento de ANTÔNIO GIDI:

“É suficiente que a natural diversidade entre as inúmeras situações particulares não prejudique a existência de um núcleo da controvérsia comum ao grupo. É esse núcleo que constitui a questão comum a ser julgada na sentença coletiva. Sua determinação vinculará todos os membros do grupo. As questões individuais, eventualmente existentes, devem ser colocadas entre “parênteses metódicos”, aguardando a solução da questão comum, para serem posteriormente consideradas em juízo, seja em fase seguinte da própria ação coletiva, seja em ações individuais propostas pelos membros do grupo. Por exemplo, a mera diferença entre a natureza ou o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo não afeta a existência da questão comum sobre a responsabilidade civil do réu”³³¹.

Tem-se ainda a observância da *typicality*, segundo a qual devem as pretensões ou defesas formuladas pelo representante adequado serem típicas da classe. Nas *class actions*, exige-se que o representante adequado integre à classe, ou seja, tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais (*real party in interest*), pois, estando próximo dos fatos, a lide terá a possibilidade de ganhar contornos mais aderentes à realidade. Portanto, a classe deve estar delimitada de maneira clara e precisa, a fim de se identificar os limites subjetivos do julgado. Deve-se esclarecer apenas que o conceito de classe não possui acepção política, econômica ou social, muito menos se exige uma relação jurídica base ente elas, mas deve apenas ser integrada por um conjunto de pessoas interessadas³³².

Por fim, exige-se que o representante seja adequado (*adequacy of representation*), haja vista que os membros ausentes ficarão vinculados ao resultado do provimento jurisdicional, ou seja, operacionalizar-se-á a coisa julgada *erga omnes* e *pro et contra*³³³.

Os requisitos da numerosidade e da existência de fatos comuns à classe são classificados como requisitos objetivos, pois dizem respeito à situação controvertida entre as partes que autorizam o julgamento coletivo da controvérsia. Já os demais são

³³¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 84.

³³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010. p. 70-71.

³³³ Este requisito será estudado com maior detalhamento no Capítulo 4.

enquadrados como requisitos subjetivos, pois se relacionam aos atributos dos representantes do grupo. Se os requisitos objetivos estiverem presentes, a ação pode prosseguir na forma coletiva, mesmo que os subjetivos não estejam preenchidos, e, neste caso, pode haver substituição por outro representante³³⁴.

Cumpridos os pré-requisitos acima discriminados³³⁵, deverá a *class action* ser enquadrada em uma das quatro espécies previstas pela legislação.

A Regra 23(b)(1)(A), também denominada de *incompatible standards class actions*, estabelece que o feito deverá ser mantido como classe quando os casos individuais puderem resultar em decisões judiciais contraditórias, com o risco de incompatibilidade no padrão da conduta e decisões díspares sobre o mesmo contexto fático e jurídico³³⁶. Para além de evitar decisões contraditórias e desiguais, a reunião de interesses individuais em uma só ação corrobora para a solução processual mais econômica³³⁷. As ações de classe inscritas na Regra 23(b)(1)(B) (*prejudice class actions*) referem-se aos casos em que haja risco de numerosas ações individuais e seus efeitos infirmarem a capacidade de proteção dos indivíduos membros da classe, mas que ainda não figuram como parte em processo.

Já a Regra 23(b)(2) (*injunctive class actions*) é utilizada quando necessário um provimento jurisdicional de fazer ou não fazer ou um provimento declaratório contra a parte oposta da classe tiver agido ou se recusado a agir com fulcro em um fundamento aplicável à classe. Tal modalidade de ação foi intensamente ajuizada nas décadas de 60 e 70, no *civil rights movement*, momento em que a sociedade americana se opôs contra a discriminação e a segregação³³⁸. Acerca do escopo desta ação coletiva, SCARPINELLA BUENO afirma tratar-se de “exemplo típico do caso de cabimento desta *suit* é a ação

³³⁴ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 67-68.

³³⁵ É ônus da parte que requereu o tratamento coletivo da disputa demonstrar e convencer o juiz que todos os requisitos exigidos pela *Rule 23(a)* estão devidamente satisfeitos, sob pena de ser negado o prosseguimento coletivo da ação, podendo haver permissão judicial de a ação manter-se de forma individual (*Rule 23(d)(4)*).

³³⁶ Na análise de CASSIO SCARPINELLA BUENO, o vetor de igualdade justifica o tratamento da ação como coletiva, uma vez que com uma única decisão estará definida a situação normativa que deve prevalecer. (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. RePro*, n. 82, p. 92-151, São Paulo, RT, 1996. p. 95-96)

³³⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro *Ações coletivas no direito comparado e nacional...* cit., p. 81.

³³⁸ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 142.

movida para inibir alegada discriminação racial, religiosa ou sexual, poluição ambiental etc., ainda que não limitada para estas hipóteses”³³⁹.

Por fim, a ação de classe será admitida nos termos da Regra 23(b)(3) (*class actions for damages*), quando as questões de fato e de direito comuns à classe forem superiores às questões individuais, ensejando efetividade dos direitos e, ao mesmo tempo, economia processual. O objetivo desta modalidade de ação é que titulares de pequenas pretensões tenham seu direito devidamente resguardado por meio de um provimento jurisdicional efetivo e único. Esta última espécie faculta o direito de exclusão ao indivíduo, *right to opt out*, evitando-se assim que os efeitos da decisão recaiam sobre o seu patrimônio jurídico. Em razão da possibilidade do exercício do direito de exclusão, esta modalidade não se trata de ação de classe obrigatória (*not mandatory*), distinguindo-a das duas anteriormente descritas.

Deve-se ainda destacar a previsão da *citizen action*, também conhecida como *citizen suit*, espécie das ações de interesse público (*public interest actions*), estas destinadas à proteção do interesse difuso. Tal remédio processual qualifica-se como modalidade de ação envolvendo questões ambientais e administrativas, bem como os demais direitos transindividuais, que se encontram sub-representados³⁴⁰. A denominação refere-se à legitimidade da ação: pode ser proposta por qualquer cidadão ou pelos corpos intermediários, legitimando-os a promover o denominado *judicial enforcement*³⁴¹. As *citizens suits* subjazem sobre a dimensão comunitária dos direitos, perfazendo um instrumento adequado para o exercício da cidadania e participação social no resguardo do bem comum.

Em breves linhas e de uma forma sucinta, esta é a estrutura das ações de classe do modelo norte-americano, que, sem dúvida, contribuiu para a evolução e a conformação do direito processual coletivo brasileiro.

³³⁹ Op. cit., p. 97-98.

³⁴⁰ “O que visa estas ações de interesse público – assim denominadas genericamente – é a tutela, através de mecanismos inovadores (de origem judicial ou legal), de direitos públicos (*public rights*), bem como de interesses fragmentários ou outros simplesmente estigmatizados pelo grupo social dominante (os direitos dos homossexuais, por exemplo)”. (BENJAMIN, Antônio Herman V. A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental. *RePro*, n. 62, p. 61-78, São Paulo, RT, 1991. p. 66)

³⁴¹ SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: Premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles; NUSDEO, Ana Maria (coords.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006. p. 25-27.

3.1.2.2 Direito processual coletivo brasileiro

A despeito das peculiaridades da constituição do processo coletivo brasileiro, as *class actions* serviram de inspiração ao legislador, com a adequação da experiência norte-americana no contexto social, cultural e político brasileiro³⁴².

O Código de Processo Civil, de 1973, foi editado em um período em que os influxos do liberalismo dominavam a ciência jurídica pátria. As regras processuais insertas no diploma processual foram baseadas no modelo clássico de processo civil, reproduzindo o modelo dualista nos conflitos intersubjetivos e a dicotomia público-privado³⁴³.

Como outrora mencionado, aos poucos as influências do Direito comparado foram sendo absorvidas pelos doutrinadores brasileiros, dando início à construção da tutela coletiva no Brasil³⁴⁴.

O ponto inicial da inserção dos processos coletivos no ordenamento pátrio remonta à Lei 4.717/65, com a normatização da ação popular. A referida ação, prevista como garantia constitucional desde 1934³⁴⁵, representa a gênese da superação da visão exclusivamente individualista das relações jurídicas materiais, passando também a compreender o espectro coletivo das questões ligadas à inserção do indivíduo nos interesses de grupos e classes. Entretanto, a previsão da ação popular ainda era insuficiente, pois não abrangia a defesa de todos os direitos coletivos *lato sensu* e seu objeto ainda permanecia restrito a arbitrariedades perpetradas apenas pelo Poder Público. Não obstante, a legitimação outorgada ao indivíduo excluía os corpos intermediários e os órgãos públicos, os quais são os mais preparados para litigar contra o Estado³⁴⁶, tornando a ação popular pouco eficaz.

Ainda a respeito da evolução legislativa, a Lei 6.938/81 também merece destaque na construção da tutela coletiva no direito pátrio, pois reconheceu a

³⁴² CARLOS ALBERTO DE SALLES ressalta a importância da análise do direito comparado atentando-se para o contexto social e histórico que os institutos estão inseridos, mormente no caso das *class actions*, que integram o modelo do *common law*. (Idem, p. 18)

³⁴³ ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública revisitada: a reconstrução de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 335.

³⁴⁴ O trabalho pioneiro sobre esta nova modalidade de direitos foi de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, denominado “*A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos...*” cit.

³⁴⁵ A única exceção ocorreu quando da não previsão na Constituição de 1937.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico...* cit., p. 11.

legitimidade do Ministério Público para a propositura das ações de responsabilidade penal e civil pelos danos provocados ao meio ambiente.

Mas o marco histórico da construção da tutela coletiva no Brasil é, sem dúvida, a Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública. Foi por intermédio deste diploma legal que restaram delineados os legitimados à propositura das ações coletivas; discriminou-se o espectro dos bens a serem tutelados; regulamentou-se o inquérito civil, entre outros aspectos processuais adequados à tutela coletiva.

A Ação Civil Pública foi alçada a *status* constitucional em 1988, ao ser prevista, no artigo 129, III³⁴⁷, da Constituição Federal, a prerrogativa do Ministério Público em promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e outros direitos difusos e coletivos, constitucionalizando, assim, este modelo de ação como via processual adequada para o resguardo dos direitos transindividuais.

As lacunas existentes na Lei da Ação Civil Pública, principalmente quanto à definição do conteúdo normativo dos denominados interesses difusos e coletivos, exigiram uma legislação complementar. Deste modo, os juristas que participaram da elaboração da Lei da Ação Civil Pública, reuniram-se novamente, culminando na parte processual do Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual não somente foram conceituadas as categorias dos direitos difusos e coletivos, como também foi prevista, de forma inovadora, a categoria dos direitos individuais homogêneos.

Mediante a aplicação recíproca do Código de Defesa do Consumidor com a Lei da Ação Civil Pública, consolidou-se, enfim, o microssistema processual coletivo brasileiro³⁴⁸.

A Constituição Federal de 1988 inovou ainda ao criar a possibilidade de Mandado de Segurança Coletivo, que tem o intento de afastar ilegalidades e abuso de poder pelas autoridades³⁴⁹. Atualmente, o mandado de segurança coletivo encontra

³⁴⁷ Artigo 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III: Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”;

³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 11.

³⁴⁹ Artigo 5.º, LXX, da Constituição Federal.

regulamentação específica na Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009³⁵⁰ e também se serve do regramento inserto no sistema microprocessual coletivo³⁵¹.

Não obstante, ainda foram editadas leis referentes ao processo coletivo para setores específicos, destacando-se a Lei 7.853/89, que dispõe sobre a proteção às pessoas portadoras de deficiência; a Lei 8.069/90, que regulamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 8.429/92, que regulamenta a Lei de Improbidade Administrativa, e, ainda o Estatuto do Idoso, disposto na Lei 10.741/2003.

O Brasil, além de ter sido um dos países pioneiros na implementação dos processos coletivos na legislação processual, detém, hodiernamente, uma das mais evoluídas legislações processuais coletivas, “ora inspirando-se ao sistema das *class actions*, da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente”³⁵².

O mérito do sistema brasileiro deve-se à previsão de técnicas processuais abertas às novas realidades, logrando êxito em se adequar à moldura dos conflitos sociais. Determinados institutos processuais foram redimensionados de modo a servir aos valores democráticos de acesso à justiça, mormente aos setores mais carentes da população, permitindo que os interesses comunitários, que têm fulcro nos valores da fraternidade, pudessem ser inseridos no debate político, por intermédio da via jurisdicional³⁵³.

O novo paradigma do Estado Democrático de Direito exigiu instrumentos eficazes para a implementação dos direitos coletivos³⁵⁴. E houve, por parte do sistema

³⁵⁰ Artigo 21 e 22 da Lei 12.016/2009.

³⁵¹ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo *et. al.* *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2009. p. 168.

³⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico...* cit., p. 10.

³⁵³ *Hasta hace poço, el derecho brasileño reflejaba ampliamente las necesidades de una sociedad agrícola e individualista que estaba desapareciendo y que está ahora separada de la nueva tentencia del país de una economía semiindustrializada. El viejo sistema legal no estaba suficientemente bien equipado para lidiar con conflictos colectivos o com conflictos de masas inherentes a la sociedad moderna. Para poder responder a una preocupación creciente de lós intereses de grupo, las mesas adptaciones de las normas ya existentes não era suciente. Era necesario superar lós viejos dogmas y construir um nuevo sistema de derecho sustantivo y procesal que pudiera responder a las necesidades de la nueva sociedad de masas*. (GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...* cit., p. 48)

³⁵⁴ “(...) os direitos conferidos no plano material só fazem sentido quando o ordenamento jurídico coloca nas mãos de seus titulares, ou de seus representantes ideológicos (Ministério Público, associações etc.), mecanismos efetivos para o seu exercício. Essa é, em síntese, a missão da ação civil pública”. (MILARÉ, Édís. *Ação civil pública, instrumento indutor da sustentabilidade*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 203)

processual brasileiro, uma sensível resposta, permitindo a “molecularização”³⁵⁵ dos interesses dispersos na sociedade, de modo a franquear mais um canal para o exercício da cidadania social e política dos jurisdicionados³⁵⁶.

Para além da técnica, a revolução processual coletiva fez-se acompanhar de princípios, oxigenados pela ideologia de transformação democrática. E, diante deste novo paradigma, há quem reconheça no direito processual coletivo o surgimento de um novo ramo do direito processual³⁵⁷.

O microsistema processual coletivo traz inovações pertinentes no campo da legitimação para a propositura das ações civis públicas, com a adoção do modelo misto. Deste modo, combina-se a legitimidade privada, expressa por meio da legitimidade conferida à sociedade civil organizada, esta representada pelas associações civis, com o modelo público, que contempla a possibilidade de legitimação dos órgãos públicos³⁵⁸. Desvencilhada da retórica liberal, supera-se a legitimidade ordinária de que trata o artigo 6.º do Código de Processo Civil, consolidando o regime de legitimação extraordinária e promovendo uma verdadeira revolução no conceito de agir.

O instituto da coisa julgada também sofreu temperamentos do modelo clássico. Os interesses difusos e individuais homogêneos qualificam-se por serem *erga omnes*, sendo que aos direitos coletivos *stricto sensu* foram conferidos efeitos *ultra partes*. Contudo, tais efeitos extensivos não foram outorgados de forma irrestrita, justamente por preservarem a cláusula do devido processo legal em seu sentido substancial (*due process of law*). Uma vez que os representados são substituídos na defesa de seus próprios interesses e não poderão exercer diretamente o contraditório no processo, com

³⁵⁵ Expressão empregada por KAZUO WATANABE. WATANABE, Kazuo *et alii*. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 821.

³⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, MARCELO. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 373.

³⁵⁷ Este é o entendimento da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, esposado no artigo “Direito processual coletivo... cit.” e de GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, na obra “ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.” p. 183-184. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 145.

³⁵⁸ Artigo 5.º da Lei 7.347/85 e artigo 82 da Lei 8.078/90.

o escopo de resguardar o devido processo legal³⁵⁹, relativizou-se a coisa julgada proveniente do processo coletivo, para que esta não venha a prejudicar a tutela individual, mas tão somente beneficiá-la³⁶⁰. Assim sendo, quando o objeto tratar de direitos individuais homogêneos ter-se-á a repercussão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva ao plano individual. Por fim, quando estiver em pauta interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, em relação aos reflexos perante os entes coletivos, a extensão subjetiva dos efeitos da decisão será *secundum eventum probationes*.

Malgrado os avanços conquistados, os quais devem ser prontamente reconhecidos, faz-se ainda necessário flexibilizar determinados institutos que permanecem estruturados e interpretados sob o pálio do modelo individual.

No âmbito internacional, após amplos debates, consolidou-se o Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos, reunindo as novas tendências do direito processual coletivo, de modo a inspirar reformas e a tornar a matéria mais homogênea entre os países de cultura jurídica comum³⁶¹.

Utilizando-o como marco referencial, no panorama nacional foram elaborados dois Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos; um resultante dos estudos realizados na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, sob a coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁶², o qual foi, posteriormente, incorporado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual; e o segundo nascido dos estudos da pós-graduação da Universidade do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

As reformas trazidas por estes Anteprojetos representaram um pertinente avanço na evolução do instrumento processual coletivo, com propostas efetivas para a superação das fragilidades pontuais do sistema atual.

³⁵⁹ COSTA, Susana Henrique da. COSTA, Susana Henrique da. O controle judicial da representatividade adequada. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro* São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 967.

³⁶⁰ As ações que veiculam direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não prejudicarão direitos individuais (artigo 103, § 1º, do CDC), e, quanto aos direitos individuais homogêneos, o mesmo ocorrerá, salvo aqueles indivíduos que se habilitaram na ação coletiva como litisconsórcio (artigo 103, § 2º, do CDC).

³⁶¹ Exposição de Motivos do Código de Modelo de Processos Coletivos para Ibero América.

³⁶² ADA PELLEGRINI GRINOVER aduz que o Código Modelo foi debatido pelos professores e os alunos do Curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, surgindo posteriormente a ideia de elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 723-724)

Por fim, o Projeto de Lei 5.139/2009³⁶³ surgiu como uma terceira alternativa de inovação das regras processuais de tutela coletiva, não mais sob o modelo de codificação, como as propostas anteriores, mas de reforma de determinadas leis processuais coletivas, como a Lei de Ação Civil Pública e as normas de processo coletivo do Código de Defesa do Consumidor³⁶⁴.

Portanto, a despeito da moderna legislação brasileira, há ainda muito que avançar para o rompimento definitivo com o modelo do processo civil individual.

Assim como no modelo defendido por ABRAM CHAYES, uma das propostas para o aprimoramento do sistema processual coletivo é a outorga de uma dimensão mais alargada aos poderes do órgão julgador, a fim de que este consiga se desvencilhar do papel passivo, dependente da iniciativa das partes que exercia no modelo privatístico e individual do processo civil. A razão da necessidade de expansão dos poderes do magistrado encontra-se justamente na transcendência dos interesses meramente privados, qualidade ínsita às ações coletivas, e na característica da indisponibilidade do direito, imputando também ao órgão julgador a responsabilidade social para a solução dos conflitos de interesses³⁶⁵.

A função do magistrado deve estar pautada na busca incansável da efetividade do direito material³⁶⁶. Para atingir tal desiderato, o órgão julgador deve estar à frente do gerenciamento do processo, oportunizando o contraditório amplo entre as partes, garantindo a *par conditio* para o exercício da verdadeira contraposição dialética³⁶⁷,

³⁶³ O referido projeto foi elaborado no âmbito do Ministério da Justiça, após a formação de uma comissão de especialistas, sendo, portanto, de autoria do Governo Federal. O referido projeto tramita na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sendo que, após emendas de parlamentares, foi apresentado substitutivo pelo relator, Deputado Antônio Carlos Biscaia. A despeito de o projeto ter sido rejeitado no mérito na CCJ, encontra-se atualmente pendente de recurso para o plenário da Câmara, sob o fundamento de relevância do tema que encontra-se, desde maio de 2010, aguardando do julgamento de recurso ao plenário da Câmara, sob fundamento de relevância do tema”.

³⁶⁴ Artigo 71 do Projeto de Lei 5.139/2009.

³⁶⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processo coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007. p. 88.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, ano 11, n. 1161. Publicado em: 05 de setembro de 2006, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>> Acesso em: 20 de dezembro 2012.

³⁶⁷ Consoante a conceituação dada pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Entende-se, modernamente, por *par conditio* ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos ofícios de acusação e defesa”. E complementa: “E o equilíbrio das situações é que garante a verdadeira contraposição dialética”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual...* cit., p. 07)

afastando atos formalistas e destituídos de finalidades sociais, controlando para que a técnica não seja violada e, por fim, garantindo a idoneidade do representante coletivo, ou seja, exercendo o controle da representatividade adequada. A proposta é que o modelo brasileiro aproxime-se do instituto norte-americano da denominada *defining function*³⁶⁸.

O interesse público que permeia o objeto do processo coletivo exige também o alargamento do espectro da garantia do contraditório, que não mais se sujeita aos confinamentos impostos pela audiência bilateral do processo clássico. O confronto dialético deve se caracterizar pela pluralidade no debate, com técnicas democráticas que incitem a participação para a construção discursiva do provimento jurisdicional, rompendo definitivamente com a relação mecânica entre sujeitos e objetos³⁶⁹.

O sistema rígido de preclusões, ínsito à racionalidade formal, também deve ser revisto, de modo a acompanhar a fluidez e as mutações que caracterizam os direitos transindividuais. A flexibilização procedimental é o ponto nodal para a adaptação do instrumento ao interesse social que se encontra subjacente às pretensões coletivas.

Arraigada nesta perspectiva, torna-se imperativo revisitar os institutos da causa de pedir e do pedido. Deve-se reconhecer que há um inegável distanciamento entre o ente legitimado e o objeto da ação coletiva, o que dificulta a descrição minuciosa dos fatos que embasam o pedido inicial³⁷⁰, pois, no modelo do processo coletivo brasileiro, diferente das *class actions*, não há necessidade de o legitimado ser membro da coletividade lesada³⁷¹. Tal constatação pode dar azo à imprecisão e à generalidade dos

³⁶⁸ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 646.

³⁶⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 118.

³⁷⁰ Pela leitura do artigo 282, III, do Código de Processo Civil, quer nos fazer parecer que o legislador brasileiro adotou a Teoria da Substanciação, sendo imprescindível que na petição inicial constem os fatos que deram origem ao pedido.

³⁷¹ No direito norte-americano, não obstante os pressupostos para o preenchimento da representatividade adequada, exigem-se ainda determinados requisitos que concorrem para consubstanciar a legitimidade do autor de propor as *class actions*, denominada de *standing*. Entre os requisitos está a necessidade de o autor ter sofrido a lesão ou estar na iminência de sofrê-la. “*The United States Supreme Court has articulated three major requirements for standing in individual actions, which requirements apply with equal force in the class action context. These are that the individual have suffered actual ou imminent injury (injury-in-fact), traceable to the defendants’s conduct (causation), and redressable at law (remedy)*”. *Há casos em que as cortes americanas flexibilizam este requisito: “In certain circumstances, American courts have recognizes third party standing, but only if the plaintiff and the persons who interest are being advanced. Similarly, in certain circumstances American courts have recognized the ability of associations to persue actions on behalf of their members, provided that an associational member meets the individual standind requirements”*. (MULLENIX, Linda; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE,

fatos expostos, o que, para o modelo de processo civil individual, poderia representar uma irregularidade processual insuperável.

Uma possível solução para o processo coletivo encontra-se na atenuação da teoria da substanciação, permitindo que na ação coletiva sejam aceitas narrativas genéricas e menos detalhadas, descritas apenas a identificar a situação de fato e a interferência entre a situação e a conduta do réu³⁷², sem que isso implique em qualquer irregularidade processual, mas apenas flexibilização procedimental com vistas à funcionalidade e efetividade do instrumento.

Fincada nessas premissas, desvela-se insuficiente a disposição contida no artigo 293, do Código de Processo Civil, que determina a interpretação restritiva dos pedidos. A intensa litigiosidade interna e a possibilidade de transição e mutação no tempo e no espaço³⁷³, característica dos direitos difusos, podem ensejar a incompletude do pedido da demanda coletiva, prejudicando a integral tutela dos direitos. Por esta razão, à processualística coletiva deve ser ofertada a interpretação extensiva dos pedidos, ilidindo, também neste ponto, a sistemática do modelo tradicional³⁷⁴.

Justamente pelas características fluidas dos direitos transindividuais, difíceis de dimensionar com precisão, o sistema de estabilização da demanda proposto pelo Código de Processo Civil, que veda a alteração dos elementos objetivos da demanda após o despacho saneador (artigo 264, parágrafo único, do Código de Processo Civil), também se revela insuficiente para corroborar com a efetividade do instrumento coletivo.

Neste diapasão, sem embargo do respeito e da proteção da cláusula do contraditório e do ônus imputado ao legitimado de especificar as alegações na petição inicial, deve ser permitida a alteração do pedido e da causa de pedir a qualquer tempo

Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. p. 280-281)

³⁷² CABRAL, Antônio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 71-74. RICARDO DE BARROS LEONEL também compartilha da necessidade de se atenuar a teoria da substanciação nas demandas coletivas, declinando que neste caso recai apenas sobre aspectos gerais da conduta impugnada na ação. (LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: BEDAQUE, José dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 157)

³⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos...* cit., p. 100-106.

³⁷⁴ LUCON, Paulo Henrique *et al.* Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa dos direitos difusos e 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 188-191.

ou grau de jurisdição³⁷⁵, quando houver reais circunstâncias que justifiquem esta flexibilização, permitindo o alcance do resultado esperado.

Por derradeiro, pode-se mencionar a institucionalização da prioridade de processamento das demandas coletivas, diante da importância de repercussão social e de sua contribuição para a economia do Poder Judiciário³⁷⁶. Cite-se, ainda, a imprescindibilidade de franquear publicidade às ações civis públicas propostas, aos inquéritos civis e aos termos de ajustamento de conduta firmados, por meio de um cadastro acessível a todos os legitimados e a toda a sociedade³⁷⁷.

Estas são algumas das propostas para a permanente evolução do processo coletivo, que deve estar em constante mutação, com vistas a manter-se sempre aderente às necessidades sociais que irradiam das transformações advindas da sociedade moderna.

3.2 Processos Coletivos: modelo processual mais adequado para a discussão jurídico-política

3.2.1 Primazia da tutela de direitos (essencialmente) coletivos para o controle jurisdicional de políticas públicas

Como ora adiantado, a tendência do processo civil moderno é a aproximação dos valores insertos no direito material com as normas processuais. Nesta linha de intelecção, o processo, compreendido por uma visão instrumentalista, constitui-se como método³⁷⁸ para assegurar o desenvolvimento ordenado da aplicação das opções ideológicas realizadas pelo Estado Democrático de Direito e expressas por meio do

³⁷⁵ Sobre o direito comparado, o sistema italiano e português também permitem a flexibilização da preclusão do pedido e da causa de pedir.

³⁷⁶ ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES defende que os processos coletivos de qualquer natureza devem ter prioridade sobre todas as ações individuais, salvo habeas corpus e ações penais de réus presos. (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ação civil pública: desafios, perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 65)

³⁷⁷ O capítulo IX do Projeto de Lei 5.139/2009 contém a previsão de um cadastro nacional de processos coletivos, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta.

³⁷⁸ A filosofia do Direito nos explica que método trata-se de “um processo ordenatório da razão, capaz de conduzir-nos a determinados resultados certos e comprovados, ou pelo menos suscetíveis de fundado consenso”. (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 130)

direito material. Ônus, faculdades, deveres e direitos são executados em uma ordem que garanta o cumprimento dos valores exigidos pelo Estado Democrático.

A jurisdição é uma das formas de expressão do Poder estatal³⁷⁹ e o processo, por sua vez, faz-se verdadeiro instrumento para o seu exercício³⁸⁰. Diante desta natureza, o processo deve se aproximar dos anseios e dos valores políticos em que consubstanciam os destinos do Estado³⁸¹, exigindo o resguardo dos ideais democráticos e servindo de escudo contra o arbítrio dos detentores do poder. Deste modo, juntamente com as demais modalidades de funções estatais (executiva e legislativa), o poder ínsito à jurisdição visa a perseguir os objetivos sociais previamente traçados pela Carta Política.

O alcance de uma decisão estatal que resguarde todos os valores inerentes à Justiça deve corresponder a um método racional, que comporte as garantias públicas necessárias à aplicação correta do direito material e à manutenção da autoridade do ordenamento jurídico. Esta racionalidade no procedimento é um contraponto à sujeição obrigatória do provimento jurisdicional e está pautada nas garantias do devido processo legal. Poder e liberdade: dois valores que consubstanciam os escopos políticos do processo e, longe de se contraporem, complementam-se, unindo-se em uma relação de ponderação e equilíbrio.

Quando não há a observância espontânea do direito material, o processo torna-se a ferramenta indispensável à efetivação dos princípios e regras constitucionais e infralegais. Portanto, a sua ineficiência ou a sua crise metodológica corresponde à frustração e à crise do direito material, infirmando o potencial do Poder Judiciário em corroborar para o cumprimento dos audaciosos objetivos do Estado.

Arraigado nestas premissas, o processo coletivo surgiu para atender a crise de efetividade estabelecida entre os avanços do direito material e a insuficiência do instrumento processual. A moldura típica dos processos clássicos, a exemplo da fragmentação de conflitos, da individuação dos prejuízos, da ausência de análise de

³⁷⁹ Pela expressão “poder”, compreende-se a possibilidade de interferir na esfera jurídica de determinado indivíduo ou de determinada matéria. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* cit., p. 99)

³⁸⁰ CARLOS AUGUSTO SILVA defende que o processo civil, além de disciplinar o exercício do poder estatal, pode também ser manejado como estratégia de poder. Segundo o autor, os modelos processuais refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem. (SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder...* cit., p. 71-76)

³⁸¹ “A idéia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do Direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado”. (Idem, p. 98)

custo-benefício e dos problemas quanto ao cumprimento da decisão³⁸² não se mostravam adequados a dirimir os novos conflitos jurisdicionais, permeados pelo interesse social.

Como alhures demonstrado, a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas encontra amparo nos fundamentos constitucionais, jurídico-filosóficos e na Ciência Política. Esta legitimidade democrática, no entanto, pode esbarrar na ausência de instrumentos adequados a possibilitar a correta intervenção do Poder jurisdicional, culminando no esfacelamento de toda a construção doutrinária e multidisciplinar acerca da matéria.

Neste contexto, forçoso reconhecer que o direito processual tem uma importância ímpar para o correto dimensionamento da violação perpetrada contra os direitos fundamentais³⁸³. É o direito instrumental que serve de embasamento jurídico para a conformação da forma que a matéria *sub judice* deve ser tratada pelo Poder Judiciário, ou seja, a forma como deve ser resguardado o bem comum. O instrumento processual equivocadamente utilizado culminará em um provimento jurisdicional desconexo com a realidade social e, em última análise, em uma decisão injusta, dando ensejo a críticas sobre a impotência do Poder Judiciário no exercício dos resguardos dos direitos sociais.

A compreensão do modelo processual adequado à exigibilidade destes direitos passa pela análise de suas dimensões no contexto material e processual. Melhor explicando, a escolha entre a tutela individual ou a coletiva escora-se na análise da conformação da norma substancial³⁸⁴, que se encontra no plano sociológico, e também dos meios processuais que moldam a forma por meio da qual a pretensão é posta em juízo, por intermédio do delineamento da causa de pedir e do pedido.

³⁸² BENTES, Fernando R. N. M.; HOFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 406.

³⁸³ OSVALDO CANELA JÚNIOR afirma que o controle de políticas públicas não é o objeto do processo coletivo, mas sim as violações aos direitos fundamentais sociais decorrentes de atividades desenvolvidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas...* cit., p. 131).

³⁸⁴ “Aliás, temos sustentado, em nossas aulas de pós-graduação, que a conceituação de interesses difusos e coletivos do art. 81, I, II e III, do CDC é uma conceituação de direito material, pois, antes mesmo que surja o processo, e independentemente dele, pode nascer o conflito sociológico. E a norma de direito material define quais são os direitos tutelados”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário...* cit., p. 146-147)

Determinados direitos sociais, objeto das políticas públicas, podem, no plano material, ter uma dimensão individual e coletiva. O direito à saúde, à educação, à moradia e ao lazer, regra geral, têm uma conformação coletiva, a exemplo da construção de uma escola ou de um hospital, mas podem ainda fragmentar-se em parcela integrante do patrimônio jurídico de um indivíduo, como o pedido de uma vaga no ensino fundamental a determinado indivíduo.

Como esclarece CARLOS ALBERTO DE SALLES, “essa ‘individualização’ será sempre possível quando o direito social puder ser partível em uma parcela atribuível a um sujeito”³⁸⁵.

Ressalva o autor que há direitos que se apresentam, no plano material, apenas de forma indivisível, como a segurança pública e o meio ambiente, os quais, portanto, não comportam atribuição individual do direito. Em síntese, todos os direitos que se apresentam de forma individual também têm sua faceta coletiva, já o inverso nem sempre se constata³⁸⁶, justamente em razão da incindibilidade do direito material de determinados direitos, como já exemplificado.

Acrescente-se ainda a contribuição processual para identificação da espécie de interesse a resguardar. Isso porque um evento pode se desdobrar em pretensões individuais, coletivas, difusas ou individuais homogêneas. Assim, o pedido formulado em juízo acaba por delimitar o direito a ser resguardado, ao menos por meio daquela ação proposta³⁸⁷. Mais especificadamente, o que permite identificar um direito como sendo coletivo, difuso ou individual homogêneo, na ação proposta, é a combinação da causa de pedir remota com o pedido mediato formulado em juízo³⁸⁸.

³⁸⁵ SALLES, Carlos Alberto. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 801.

³⁸⁶ Idem, p. 801.

³⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. v. II., *Processo Coletivo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 826-827. RICARDO DE BARROS LEONEL reconhece que o interesse jurídico preexiste ao processo, mas pondera que a análise do pedido acaba por fornecer um critério prático de considerável utilidade para fins de distinção (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. p. 92).

³⁸⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003. p. 1864.

Ainda sob o aspecto processual, vale mencionar que o ordenamento jurídico contempla norma expressa³⁸⁹ que admite todas as espécies de ações para a efetivação dos direitos e interesses contemplados no Código de Defesa do Consumidor e demais direitos coletivos *lato sensu*³⁹⁰, consolidando o princípio da efetiva e adequada tutela jurisdicional³⁹¹, inclusive no âmbito dos direitos sociais. Portanto, se no plano do direito material é possível identificar a atribuição individual daquele direito, não podem as regras processuais servirem de obstáculo ao acesso à justiça, diante de expresse posicionamento legislativo sobre o assunto. Ao menos, esta foi a opção política adotada pela legislação pátria.

Em síntese, conclui-se que há direitos sociais que podem ser exigíveis tanto por intermédio de ações individuais como por ações essencialmente coletivas³⁹². Isso ocorre quando no plano material eles comportarem fracionamento, de modo a viabilizar demandas individuais e, ainda, no plano processual, a lesão ou a ameaça de lesão a estes direitos desdobram-se em diferentes pretensões, individuais ou coletivas, as quais serão conformadas a depender dos contornos da causa de pedir e do pedido que se apresentem em juízo³⁹³.

³⁸⁹ Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

³⁹⁰ O artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor estende suas regras à Lei 7.347/85 e ao Código de Processo Civil.

³⁹¹ “A todos esses textos legais, constitucionais e infraconstitucionais, soma-se agora um dispositivo de natureza processual (artigo 83 do CDC) para deixar estreme de dúvidas, definitivamente, que o nosso sistema processual para a tutela dos interesses e direitos dos consumidores (e também outros direitos e interesses difusos e coletivos – artigo 90 do CDC) é dotado de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. (WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto... cit., p. 837)

³⁹² Esta assertiva enfrenta resistência por parte da doutrina. Para OSVALDO CANELA JÚNIOR, a lesão aos direitos fundamentais sociais deve ser entendida como direitos difusos, mas com a peculiaridade de que a sua titularidade, no contexto jurídico, não pode ser individualizada. Vale dizer, em que pesem os direitos difusos serem, via de regra, também individualmente fruíveis, esta característica não se coaduna com a natureza dos direitos sociais, em que tão somente a sociedade passa a ser sua titular exclusiva. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas...* cit., p. 141-146)

³⁹³ A convivência entre as ações individuais e coletivas podem ser bem ilustradas a partir do direito constitucional à educação, como nos demonstra EDUARDO APPIO. O artigo 208, § 1º, da Constituição Federal, consolida um Direito subjetivo de acesso ao ensino fundamental gratuito, que pode ser exigível por meio de ação individual ou por meio da tutela coletiva de direitos individuais (interesses individuais homogêneos). Já a universalização do ensino fundamental, que tem previsão no artigo 208, I, da Constituição Federal, somente pode ser perseguido por meio de uma ação coletiva, pois ele se enquadra na categoria de direito difuso. Nestes dois casos verifica-se que, apesar de ambos se referirem ao direito à saúde, a causa de pedir e o pedido diferem. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil...* cit., p. 170)

Quando se pleiteia a exigibilidade de um direito social indivisível, pode-se afirmar que, na maioria das vezes³⁹⁴, ele se enquadra na categoria de direito difuso, conforme descrição do artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor³⁹⁵. Não obstante a incindibilidade do objeto, no que pertine ao aspecto subjetivo, não é possível determinar quem seriam os beneficiários dos direitos implementados, uma vez que seus efeitos espraiam para atingir uma generalidade de cidadãos³⁹⁶. Assim, distanciando-se do esquema tradicional, a exigibilidade judicial do interesse ou do direito não mais condiciona à sua afetação a um titular determinado, mas pode concernir a toda coletividade, em que seus membros são indeterminados e indetermináveis³⁹⁷.

Como visto, a ação governamental por intermédio das políticas públicas ganha prestígio a partir do Estado Social, pois reflete a distribuição isonômica e racional dos benefícios sociais, gerando resultados quantitativamente e qualitativamente satisfatórios, em decorrência de uma política eficiente de planejamento. Quando a política pública passa a ser objeto de análise do Poder Judiciário, seja para ser retificada ou para ser elaborada, a sua natureza deve manter-se íntegra, com o fito de concorrer regularmente para os objetivos aos quais ela serve.

Não há dúvidas que as políticas públicas envolvem interesses de grupos, pois são os princípios coletivos que permeiam os programas governamentais, o que se verifica pela análise dos vetores da impessoalidade, isonomia e eficiência, os quais têm o precípua escopo de atingir, com qualidade, o maior número de cidadãos que estejam inseridos na mesma situação fática e jurídica.

³⁹⁴ Não se pode excluir a possibilidade de reivindicação de um direito social qualificado pelas características de direitos coletivos *stricto sensu*.

³⁹⁵ “A importância do aspecto conceitual-terminológico agora mais avulta na contemporânea discussão sobre a justiciabilidade das políticas públicas, e nesse campo há de ser útil o enquadramento dessa categoria como espécie do gênero interesses difusos (artigo 129, III, parte final, da CF,; Lei 7.347/85, art. 1º, IV)”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas...* cit., p. 757)

³⁹⁶ Sobre a transindividualidade dos direitos sociais, a doutrina de ADA PELLEGRINI GRINOVER: “(...) os direitos sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos...* cit., p. 17-18)

³⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 2004. p. 94.

Assim, uma política pública pode se destinar a um grupo pequeno de pessoas, quando, por exemplo, se destina ao tratamento de pacientes portadores de doenças raras, ou, ao revés, seu espectro pode ser muito abrangente e até mesmo representar o interesse de toda a humanidade, como é o do caso do meio ambiente. De qualquer forma, os interesses protegidos superam os interesses meramente individuais, pois suas ações estratégicas visam à melhoria na qualidade de vida de todos os cidadãos ou daqueles que, por uma circunstância de fato, encontram-se em uma situação de desvantagem, necessitando de uma política social específica àquele grupo, destinada a corrigir esta desigualdade.

Deste modo, quando se busca, por meio do Poder Judiciário, a correção de uma política pública, deve-se levar em conta as premissas sobre as quais está edificado o conceito deste programa estratégico de alocação de recursos e benefícios comuns. A distribuição igualitária de benefícios sociais é um dos escopos precípuos que almeja a política pública, e, repisa-se, mesmo perante o Judiciário, estes objetivos não devem ser desviados.

Postos estes argumentos, pode-se afirmar que está na igualdade de ganhos e prejuízos, proporcionada pela tutela de direito essencialmente coletivos, o atributo que coloca esta modalidade de direitos em preferência à tutela individual e à tutela coletiva de direito individuais. Noutras palavras, o que se pretende afirmar é que a incindibilidade do elemento objetivo das demandas que visam à proteção dos direitos sociais promove a isonomia entre os cidadãos, o que não se verifica quando a pretensão ganha contornos fragmentados e, portanto, se mostra circunscrita apenas ao autor da ação. A despeito do posicionamento pela possibilidade do pleito individual acerca dos direitos sociais, reconhece-se, por outro lado, que a ação individual para a adjudicação de um direito social a tão somente determinado jurisdicionado rompe com a igualdade e essencialidade que integra a natureza dos direitos sociais, os quais devem ser repartidos de igual maneira a todos, por se tratar de elemento integrante da dignidade humana.

Não se desconhece o argumento de que a judicialização dos direitos sociais por meio de demandas individuais, mormente quando reiteradas, acaba gerando reflexos socializadores na política social desempenhada pelo Poder Público, como é o caso da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

A Lei 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição universal e gratuita de medicamentos aos portadores da moléstia ora descrita, por meio da rede pública, foi promulgada quando havia jurisprudência consolidada para o acesso aos medicamentos necessários à contenção da doença de forma gratuita, enquanto aspecto integrante do direito constitucional à saúde³⁹⁸.

Contudo, com base em uma visão prática dos julgados atuais, é possível concluir que ações reiteradas que se referem à pretensão de alocação individual de direito social têm contribuído para infirmar as premissas que sustentam a alocação dos benefícios sociais por meio das políticas públicas, quais sejam, a isonomia entre os cidadãos e a eficiência na distribuição destes direitos, por meio da extensão de seus efeitos a um maior número de beneficiários.

Esta constatação pode ser extraída com mais clareza da multiplicação de demandas individuais ajuizadas contra o Poder Público, exigindo medicamentos e insumos, muitas vezes de alto custo, com fulcro no direito constitucional à saúde. Os resultados desta massificação de judicialização fragmentada culminam na alocação de recursos concentrados, destinados a poucos indivíduos³⁹⁹, e realizada sem qualquer ação estratégica para a correta distribuição dos benefícios sociais, portanto, sem observar o princípio da eficiência. Ao final, o Poder Judiciário acaba por romper com as premissas

³⁹⁸ FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 349. Na pesquisa a respeito das decisões judiciais em relação ao fornecimento de medicamentos para os portadores do vírus HIV no Município de São Paulo, que deu origem ao artigo “*O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*”, restou apurado que em 93% das decisões que concederam os medicamentos pleiteados os julgadores consideraram o direito à saúde como individual e apenas 5% o consideraram como coletivo. Ainda sobre o tema, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA critica a visão de que a judicialização dos medicamentos para AIDS seriam mais uma história de sucesso. Em primeiro lugar, coloca que a política de combate a AIDS do governo brasileiro é considerada uma das mais eficazes do mundo. Segundo, a Organização Mundial de Saúde o programa governamental HIV e AIDS é devida em grande parte pela mobilização social, incluindo comunidades afetadas no governo, organizações não governamentais e outros fóruns. E terceiro, com base na pesquisa acima citada, os juízes consideram a saúde como direito individual e não se preocupam com a existência de política pública implementada pelo governo. (SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas...* cit., p. 594-597)

³⁹⁹ Em Dissertação sobre o tema da judicialização do direito à saúde, DANIEL WEI LIANG WANG embora reconheça que o Judiciário pode ser uma via institucional para que os menos favorecidos possam lutar pela concretização dos direitos, conclui que, em razão dos obstáculos ao acesso à justiça, a tutela jurisdicional à saúde acaba por ser excludente para os mais pobres. (WANG, Daniel Wei Liang. *Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde...* cit., p. 41)

que perfazem a razão de ser da gestão por meio das políticas públicas, podendo, inclusive, comprometer e prejudicar os programas governamentais em andamento⁴⁰⁰.

O que se pretende demonstrar é que o instrumento processual inadequado pode comprometer a capacidade do Poder Judiciário de intervir no controle das políticas públicas, colocando em xeque também a sua legitimidade de corrigir as falhas perpetradas pelos demais Poderes nos assuntos de alta relevância social.

A justiça distributiva, almejada como modelo ideal para a correta distribuição dos bens comuns, exige eficiência alocativa dos recursos públicos, corrigindo-se, no âmbito jurisdicional, uma falha que a dinâmica do mercado e do processo político não tiveram êxito em atingir. A correção pelo Poder Judiciário dos desvios do interesse social perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo deve ter como premissa a socialização dos instrumentos processuais, caso contrário, servirá para reforçar e perpetuar injustiças odiosas pelo modelo constitucional atual⁴⁰¹.

Deste modo, pode-se afirmar que a judicialização sob o prisma da faceta coletiva do direito social, preconizada sobre a marca da indivisibilidade de seu objeto, qualidade ínsita aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é a fórmula mais adequada ao processo jurisdicional de controle de políticas públicas, de modo a trazer à lume na discussão processual os elementos que perfazem a macro-justiça⁴⁰². Está-se aqui a falar em primazia da tutela de direitos coletivos para o melhor equacionamento das demandas

⁴⁰⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, em seu artigo “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial” faz críticas ao posicionamento da jurisprudência referente ao direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos, diante da proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, as quais não perfilham qualquer critério técnico. O autor faz também uma análise sobre os reflexos negativos que podem ser sentidos nas políticas públicas de saúde: “Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que as políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo” (BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4).

⁴⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 596.

⁴⁰² O termo aqui empregado refere-se à transcendência das questões específicas que se relacionam com o caso concreto (microjustiça), na linha do princípio da isonomia.

que envolvem direitos sociais⁴⁰³ e não em exclusividade da tutela de direitos coletivos, pois, como visto, a restrição absoluta às ações individuais não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

A proposta apresentada pelo processo coletivo em romper com o paradigma do modelo clássico de justiça retributiva ou corretiva, como visto no Capítulo anterior, vai ao encontro das necessidades de correta dimensão do controle jurisdicional de políticas públicas.

Este é o entendimento de EDUARDO APPIO:

“(...) as políticas públicas partem de um ideal de justiça distributiva e não de justiça comutativa. Enquanto demandas processuais de natureza individual impõem a aplicação de um paradigma fundado na justiça corretiva – a partir do modelo liberal – as ações coletivas, contrariamente, assumem uma função política”⁴⁰⁴.

Alterar o modo de compreensão de uma política governamental é mister complexo e espinhoso, que não se enquadra no modelo de adjudicação individual. A técnica da fragmentação de conflitos não somente sobrecarrega o Poder Judiciário, com as denominadas demandas repetitivas⁴⁰⁵, como também inviabiliza a compreensão do cenário global para a partilha dos recursos comuns⁴⁰⁶.

Partindo da conclusão de primazia da tutela de direitos coletivos para a distribuição igualitária dos direitos sociais, conclui-se ainda que a modalidade de interesses descrita no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, os denominados direitos individuais homogêneos, também acaba por receber as mesmas críticas dos instrumentos processuais fragmentados de

⁴⁰³ SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil... cit., p. 806.

⁴⁰⁴ Idem, p. 54-55.

⁴⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público. Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 20.

⁴⁰⁶ “De acordo com essas críticas, os tribunais habitualmente analisam controvérsias específicas relativas a requerentes individuais, um procedimento que é inadequado para a adjudicação de direitos sociais, porque julgamentos limitados e remédios pontuais não podem valer para todos os indivíduos na mesma situação. O juiz da causa se depara com um único instantâneo (*snapshot*) (ex. um sem-teto como autor) da questão maior (falta de moradia) e possui apenas as informações prestadas pelas partes, com as quais irá julgar. (CHRISTIANSEN, Eric C. *Decidindo sobre direitos não-justiciáveis...* cit., p. 665)

correção da política pública, pois autorizam a cindibilidade dos direitos sociais, corroborando para a injusta distribuição de recursos comuns.

Sobre esta categoria de direitos, mormente quanto a sua inserção na modalidade de tutela coletiva, vale transcrever a análise de TEORI ALBINO ZAVASCKI:

“É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. (...) Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. (...) Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas o modo como tutelá-lo, o instrumento de defesa”⁴⁰⁷.

O processualista acrescenta ainda que a ação coletiva para os direitos individuais homogêneos representa um instrumento processual alternativo ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no Código de Processo Civil⁴⁰⁸.

A despeito das críticas de TEORI ALBINO ZAVASCKI, não há como descurar da importância da “ficção jurídica” de tratar os direitos individuais homogêneos como espécie do gênero de direitos coletivos, pois a classificação atende aos princípios da efetividade, isonomia e economia processual. De todo modo, reconhece-se que o tratamento dado aos direitos individuais homogêneos continua a ser de direito subjetivo individual, alterando, apenas, a forma de tutelá-los⁴⁰⁹.

Transportando estas premissas para o processo que veicula uma política pública, impende-se analisar as consequências advindas do tratamento de direitos

⁴⁰⁷ ZAVASCKI, Teoria Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2008. p. 40.

⁴⁰⁸ Idem, p. 172. Em sentido contrário, distinguindo os direitos individuais homogêneos do litisconsórcio ativo, FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETI JR.: “O *exercício conjunto da ação* por pessoas distintas não configura uma ação coletiva. O cúmulo de diversos sujeitos em um dos polos da relação processual apenas daria lugar a um litisconsórcio, figura já antiga da processualística romano-germânica. (...) A ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a “*estrutura subjetiva*” do processo, e, sim, a “*matéria litigiosa nele discutida*”. Por isso mesmo, pelo menos em termos de direito brasileiro, a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a de que existe a permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser *ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa*”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. IV. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 34-35).

⁴⁰⁹ “Um feixe de direitos individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo. A essência permanece individual”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos...* cit., p. 53)

sociais, quando tutelados por intermédio dos direitos individuais homogêneos. Nesta hipótese, o tratamento dado ao direito material em voga continua a ser de direito individual, mas agora, com pretensões individuais molecularizadas, reunindo em uma só demanda os interesses de inúmeros indivíduos que tenham origem comum. Os direitos sociais não serão analisados a partir de uma perspectiva indivisível, prospectiva, de justiça distributiva em busca do bem comum, mas limitar-se-á a adotar uma perspectiva compartimentada daquele direito, por meio de um debate bilateral, com o simples reconhecimento de um direito subjetivo individual e meramente compensatório⁴¹⁰.

A característica de divisibilidade dos direitos individuais homogêneos permite ainda a execução individual⁴¹¹, caso o comando inserto na decisão da ação coletiva não seja observado. O processo executivo para a coerção do cumprimento do julgado deve ser precedido de liquidações individuais, momento em que será necessário integrar os elementos da relação jurídica individualizada, demonstrando as hipóteses fáticas e jurídicas que condizem com os requisitos insertos na condenação genérica.

O provimento jurisdicional coletivo que veicula políticas públicas terá, em regra, natureza mandamental, o que não escapa da necessária demonstração dos elementos de direito e de fato que são previstos na decisão coletiva genérica. As habilitações individuais serão, mais uma vez, necessárias a demonstrar o direito do jurisdicionado individual, tornando aquele procedimento quase similar a um processo individual, com a ressalva da possibilidade de concessão de determinado direito social, caso comprovada a situação prevista na norma jurídica coletiva, infirmando, assim, a efetividade esperada do processo coletivo⁴¹².

⁴¹⁰ “A promoção de ações coletivas em face do Estado para a defesa de direitos de natureza individual permitiria a privatização do Estado, ou seja, a orientação dos programas de governo – políticas públicas – de acordo com os interesses próprios de grupos organicamente bem representados, reprisando-se na esfera judicial as mesmas desigualdades de representação existentes na esfera parlamentar. Neste sentido, o espaço judicial seria apenas mais uma opção disponível pelos grupos já organizados da sociedade – como, por exemplo, grupos de consumidores de determinados produtos e serviços – para fazer prevalecer seus próprios interesses. Os direitos coletivos não podem ser caracterizados, portanto, por um senso de apropriação individual, na medida em que representam critérios de mensuração e repartição do ônus social no seio da própria sociedade”. (APPIO, Eduardo. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil...* cit., p. 57)

⁴¹¹ Artigo 97 da Lei 8.078/90: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

⁴¹² Este fenômeno é denominado pela doutrina de ações pseudocoletivas. Sobre o assunto: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 199-202.

Espelhando-se nas *class actions for damages*, ADA PELLEGRINI GRINOVER perfilha um importante posicionamento de exigir determinados requisitos para o enquadramento nas ações de classe brasileiras. Obtempera que o requisito legal de origem comum pode classificar-se como próxima ou remota. Como próxima, exemplifica o caso da queda de avião, e remota confere o exemplo de um produto potencialmente nocivo que provoca danos, os quais podem ter como origem as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. E conclui que, quanto mais remota for a causa, menos homogêneo é o direito. A ausência de homogeneidade enseja a inadmissibilidade da ação civil pública, com esteio na impossibilidade jurídica do pedido.

A processualista menciona também a necessidade de análise do requisito de superioridade da tutela coletiva em relação à ação individual. Ou seja, se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se mostra útil à tutela dos interesses. Para ilustrar, exemplifica as ações em que a prova do nexo causal se mostra tão complexa que torna praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica. Neste caso, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, a via processual é inadequada à proteção do direito material, razão pela qual incorreria na falta de interesse de agir⁴¹³.

A razão de exigência destes requisitos pauta-se justamente em evitar que os indivíduos sejam obrigados a exercer, em sede de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, retirando a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional da tutela coletiva. Por esta razão, os requisitos são pertinentes para a eficiência da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Na maioria dos casos, o exercício jurisdicional do controle de políticas públicas por meio da adjudicação individual do direito social, como é o caso dos direitos individuais homogêneos, envolve elementos fáticos complexos, os quais podem

⁴¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: O Processo: estudos e pareceres, São Paulo: Perfil, 2005. p. 194-201. Posicionando contrariamente à exigência da homogeneidade e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo...* cit., p. 69-75.

demandar ampla instrução probatória em cada pedido de habilitação individual⁴¹⁴. Ademais, o comando decisório acaba por ser delineado de forma genérica na sentença coletiva e dificilmente é inscrito por critérios objetivos, uma vez que o órgão julgador não consegue prever, com precisão, todos os elementos específicos pertinentes a cada indivíduo.

Tem-se, assim, que a correção de uma política pública por meio da veiculação dos direitos individuais homogêneos é, *a priori*, permitida, contudo, deve-se analisar a eficácia desta modalidade de tutela coletiva de direitos individuais, pois, em caso negativo, haverá extinção sem julgamento do mérito, seja pela impossibilidade jurídica do pedido, diante da ausência de homogeneidade dos direitos tutelados, ou o reconhecimento da falta de interesse de agir, no caso de não constatada a prevalência das questões coletivas sobre as individuais.

Não se pode descurar que o manejo de políticas públicas por meio de um processo que tutela coletivamente os direitos (direitos individuais homogêneos) outorga uma certa dose de isonomia quando comparados com os processos individuais, na medida em que concede ou não um benefício social a todos aqueles que estiverem em igual situação, afastando, em certa medida, decisões contraditórias⁴¹⁵.

Ainda assim, como antes mencionado, a recalcitrância do Poder Público em conceder determinado direito social jurisdicionalmente conquistado ensejará a

⁴¹⁴ Esse foi o resultado do processo coletivo (Proc. n. 053.00.207139-2 – 6.ª Vara da Fazenda Pública da Capital) manejado pelo Ministério Público de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que versou sobre políticas públicas para os autistas residentes no Estado de São Paulo. O Ministério Público paulista veiculou sua pretensão por intermédio de direitos individuais homogêneos: a condenação do Estado de São Paulo a arcar com os custos de entidades particulares, próximas às residências dos autistas, até que o ente público providenciasse unidades próprias e gratuitas. O pedido foi julgado integralmente procedente. Contudo, inúmeras habilitações individuais foram propostas visando à execução da decisão coletiva, com pedidos de adjudicação individual, demandando inúmeras diligências diante das lacunas e grande complexidade da questão posta em juízo.

⁴¹⁵ Neste sentido, CARLOS ALBERTO DE SALLES, visando a sanar a defasagem entre os direitos sociais universais e a prestação jurisdicional individual, formula uma proposta legislativa por meio da criação de um mecanismo processual que permita a extensão da norma jurisdicional individual que prevê a condenação da obrigação de prestação do direito constitucional a todas as pessoas em igual situação do autor da demanda original. “Artigo 31-A. A sentença individual transitada em julgado, ao reconhecer direito constitucional do demandante, impõe à entidade pública ré a obrigação de garantir que o mesmo direito seja prestado a outras pessoas em idêntica situação. § 1º. Caso o direito constitucional reconhecido na sentença de processo individual, seja negado a outra pessoa em idêntica situação, o prejudicado, para obter o mesmo benefício, necessitará demonstrar em juízo apenas a identidade de sua situação, apresentando com a inicial a cópia da decisão em referência e a prova da recusa.(...)” (SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151-152)

possibilidade da execução específica e individual. Desta forma, somente aqueles que tiverem acesso às habilitações judiciais, portanto, acesso ao Poder Judiciário, poderão fazer valer o seu direito subjetivo de forma individual, o que ensejará favorecimento de determinados indivíduos, em detrimento do bem comum e da construção de uma política pública isonômica e, efetivamente, universal. O resultado, portanto, parece muito similar a de um processo individual.

Restou declinado que, para se aferir sobre o acerto quanto à escolha do instrumento processual utilizado, ou seja, a escolha entre a tutela de direitos essencialmente coletivos ou a tutela coletiva de direitos individuais ou apenas a tutela individual, deve-se analisar a relação jurídica material deduzida pelos elementos objetivos da demanda. Neste sentido, oportuno ressaltar que há casos em que a relação jurídica material contornada pela causa de pedir e pelo pedido em determinada ação não comporta tratamento fracionado, exigindo, necessariamente, uma decisão unitária.

KAZUO WATANABE resalta os inúmeros erros cometidos na práxis forense em razão da desatenção dos operadores do Direito quanto às peculiaridades da relação jurídica material indivisível, a qual é fragmentada em múltiplas demandas coletivas, o que acaba por vulnerar o tratamento igualitário do direito em voga⁴¹⁶. WATANABE resalta que a tutela de interesses essencialmente coletivos muitas vezes é erroneamente tratada como tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos⁴¹⁷.

Os equívocos são cometidos pelos legitimados coletivos, que, em grande parte das vezes, declinam como causa de pedir a universalização de um direito social, tratando-o, inicialmente, pela faceta coletiva deste direito. Contudo, ao final, os legitimados deduzem pedidos fragmentados, utilizando-se da tutela coletiva de direitos individuais, forçando, ao final, os beneficiários a se socorrerem da execução individual.

No campo da saúde, há casos emblemáticos e reiterados. Ações civis públicas que veiculam direitos individuais homogêneos são constantemente manejadas para a condenação do Estado a fornecer medicamentos a cada indivíduo portador de

⁴¹⁶ Para exemplificar, KAZUO WATANABE analisa os casos pertinentes às tarifas de assinaturas telefônicas, que foram alvo de milhares de demandas individuais. Segundo o autor, a questão merecia tratamento coletivo, uma vez que o que se buscava era o questionamento da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício de seu poder regulatório, portanto, pedido de natureza unitária, devendo ser julgado de forma global, a fim de dar tratamento uniforme e isonômico. (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* cit., p. 16-24)

⁴¹⁷ Esta crítica é feita por KAZUO WATANABE, na obra *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* cit., p. 830).

determinada doença, com vistas ao reconhecimento de um direito subjetivo individual, sem qualquer preocupação com a coerção do Poder Público em providenciar a universalização da medida, a despeito de ter sido esta a fundamentação que ensejou o pedido. Em razão da adstrição do órgão julgador ao pedido, o magistrado analisará o direito à saúde por meio de um espectro de direito subjetivo individual. Nesta hipótese, com arrimo na causa de pedir posta em juízo, o correto deve ser o pleito jurisdicional para a inclusão de determinado medicamento nos protocolos clínicos dos respectivos entes federativos, onde se encontra prevista a lista de medicamentos para a distribuição gratuita⁴¹⁸. Este pedido gera efeitos difusos e encontra-se em consonância com a causa de pedir que embasa o pedido.

A execução deste provimento jurisdicional também deve se dar de forma coletiva, com a fiscalização pelo legitimado coletivo do cumprimento do dever constitucional juridicamente reconhecido de forma universal. Este sim produz um efeito essencialmente coletivo, proporcionando a justa distribuição dos recursos, e contribuindo o Poder Judiciário para a correção ou a construção de uma verdadeira política pública⁴¹⁹ voltada à saúde da população.

De outro vértice, impende-se reconhecer a possibilidade de o legitimado coletivo buscar, perante o Poder Judiciário, o reconhecimento do direito subjetivo individual social, por intermédio dos interesses individuais homogêneos. A causa de pedir, no entanto, não subjaz sobre a universalização da medida, mas se restringe ao arcabouço fático e jurídico de cada cidadão⁴²⁰. É o caso da perseguição do direito ao equipamento de educação infantil, por meio de creches e pré-escolas (artigo 208, IV, da Constituição Federal), que, diante da recalcitrância do Poder Público de compreendê-lo

⁴¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva...* cit., p. 30-31.

⁴¹⁹ Sob o prisma de CAMILO ZUFELATO, ações individuais não dizem respeito ao controle de políticas públicas, no sentido estrito. Neste caso, somente pode-se falar em ações coletivas, em razão da indivisibilidade e unitariedade da decisão que marca tais políticas. E complementa: “Somente a demanda coletiva tem aptidão para provocar a elaboração, ainda que não tão amplamente como seria a elaboração feita pelo Legislativo e pelo Executivo, de um programa sistemático de enfrentamento daquela necessidade, possibilitando a extensão da decisão a todos os integrantes do grupo, evitando-se assim situações indesejadas como as distorções de alocação de recursos, e também a priorização de certos indivíduos em relação a outros de equiparável situação jurídica dada à falta de planejamento e harmonização da política”. (ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 328-329)

⁴²⁰ “Na verdade, os pedidos e causa de pedir das ações coletivas e individuais divergem. Na ação coletiva, o Juiz deverá perscrutar o programa de governo como um todo, ao passo que na contenda individualizada o Magistrado se debruçará sobre a situação concreta do demandante”. (VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119)

como direito subjetivo, pode ser alvo de ação coletiva para que o Judiciário declare o referido *status*, condenando, em consequência, o Poder Público à adjudicação individual, por meio de ações individuais ou tutela coletiva de direitos individuais. Neste caso, o diálogo processual refere-se ao convencimento judicial de que a relação está baseada na dicotomia entre “credor *versus* devedor”.

Exige-se, portanto, que a relação jurídica material deduzida na ação esteja em consonância com o pedido formulado. É certo que a universalização do direito fundamental ou a implementação de uma política pública não podem ser tutelados por meio de ações individuais ou por direitos individuais homogêneos.

Em linha de conclusão, forçoso reconhecer que o processo coletivo em sentido estrito se mostra como instrumento mais eficaz para a correta distribuição dos benefícios sociais, quando esta atividade passa, extraordinariamente, a ser feita pelo Poder Judiciário. Neste caso, o escopo jurídico do processo atingirá a justa composição da lide nas hipóteses em que o direito material veiculado referir-se à alocação de recursos comuns e universais.

O escopo jurídico do processo significa que a instrumentalidade está a serviço da efetivação de valores que permeiam as escolhas da sociedade. Significa aceitar que o direito processual é autônomo e independente, mas deve estar vinculado com as ideologias do direito material.

Diante da conclusão pela primazia das ações coletivas *stricto sensu* para o controle jurisdicional das políticas públicas, deve-se repensar a exclusão, *ex lege*, da legitimidade das pessoas físicas ao ajuizamento das ações civis públicas⁴²¹, evitando-se que os cidadãos sejam tolhidos de instrumentos eficazes e hábeis para o correto delineamento do interesse social.

A solução mais democrática seria então proceder à abertura da discussão política também aos cidadãos, alargando o rol de legitimados coletivos para incluir as pessoas físicas, com a necessária previsão de mecanismos adequados para o controle da legitimidade por meio do instituto da representatividade adequada⁴²². Trata-se de uma proposta de alteração legislativa.

⁴²¹ Os legitimados são arrolados taxativamente, conforme artigo 5.º da Lei 7.374/85.

⁴²² Esta proposta é defendida por EURICO FERRARESI na obra “A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo

No caso de resistência política e até mesmo jurídica de inserção do indivíduo como legitimado coletivo, uma outra proposta encontra-se no poder-dever do magistrado, quando se deparar com o pleito individual de um direito social, de notificar os legitimados coletivos, respeitando-se a independência funcional dos órgãos públicos, a ingressarem no pólo ativo da lide e reformular a causa de pedir e o pedido⁴²³, trazendo informações a respeito do cenário global que a política pública estaria inserta, a fim de outorgar-lhe espectro essencialmente coletivo⁴²⁴.

Nestes termos, o processo coletivo outorga verdadeiro significado à pertinente intervenção do Poder Judiciário em questões que tipicamente deveriam ser restritas aos demais Poderes. A despeito destas considerações, na prática, verifica-se a recalcitrância dos julgados em aceitar o verdadeiro espectro do *munus* conferido ao Poder Judiciário, qual seja, a revisão substancial de uma política pública, franqueando, assim, real significado ao fenômeno da participação jurisdicional na gestão da coisa pública.

Esta foi a conclusão de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, após a análise da jurisprudência sobre casos pertinentes à saúde e a educação no Tribunal de Justiça de São Paulo:

“O levantamento dos casos mostrou justamente que os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas gerais. Nestes termos, as ações civis públicas tendem a ter mais sucesso quando propostas para defender interesses

(coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.”

⁴²³ A proposta de projeto de Lei que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário, de autoria de ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE, pesquisadores do CEBEPEJ e professores e alunos da pós graduação da FDV, contempla, no artigo 25, a notificação do Ministério Público e demais legitimados às demandas coletivas, para o ajuizamento de processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, quando se deparar com demandas individuais de adjudicação de um direito social. “Artigo 25: Na hipótese prevista no artigo 24, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei”.

⁴²⁴ OSWALDO CANELA JR. defende uma posição similar. Ele reconhece que os direitos sociais possam ser postulados por meio de qualquer ação, inclusive individual, mas afirma que somente poderão ser efetivados mediante provimento coletivo. Deste modo, afirma: “(...) não obstante a ação escolhida tenha cunho individual, deverá o magistrado adaptar o provimento jurisdicional para que o direito seja estendido a toda a coletividade. Se a parte postula a concessão de determinado bem da vida, fundamentando-o no artigo 6.º da Constituição Federal, caso o magistrado constate violação da igualdade substancial, o provimento deverá ter alcance coletivo, não importante a modalidade de ação manejada”. Por fim, em nota de rodapé, afirma que a proposição feita deve ser precedida de adaptação legislativa. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas...* cit., p. 146)

divisíveis e singulares do que quando propostas para defender “interesses difusos”⁴²⁵.

O sistema processual coletivo atual apresenta mecanismos eficientes para operacionalizar a inserção do Poder jurisdicional nos mais importantes debates políticos sobre os destinos da sociedade que digam respeito à violação de direitos constitucionais. A evolução processual, no entanto, deve ser acompanhada de nova postura do órgão julgador e dos legitimados coletivos, de forma a compreender a revolução paradigmática do novo processo civil brasileiro e a sua função social na incessante implementação dos valores do Estado Democrático de Direito.

Manter a postura clássica, permeada pelo pensamento liberal, utilizando o processo coletivo por intermédio de um viés privatístico e individual, significa restringir o Poder Judiciário ao modelo compensatório, retributivo, e, em consequência, reforçar a assertiva de que o controle jurisdicional de políticas públicas não se presta à consecução de uma democracia social.

O processo civil deve acompanhar as transformações dos anseios sociais. O contexto atual não é apenas de proclamar os direitos sociais, mas efetivá-los⁴²⁶. Para tal desiderato, fazem-se necessários instrumentos capazes de transportar os comandos constitucionais e aplicá-los ao contexto social, reduzindo a distância entre normatividade e efetividade⁴²⁷, com o escopo de proporcionar o debate público ampliado e a racionalização dos resultados para o alcance da justiça social.

⁴²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima *Direitos sociais...* cit., p. 255. Neste sentido, HOFFMAN e BENES: “Há uma convicção generalizada de que os processos individuais têm muito mais probabilidade de êxito do que as ações coletivas, que podem teoricamente ser ajuizadas por uma organização registrada da sociedade civil, mas são alvo de muito maior escrutínio judicial, estão menos propensas ao sucesso e correm o risco de uma reação negativa por parte de um judiciário, de resto, simpático às ações individuais”. (BENTES, Fernando R. N. M.; HOFMANN, Florian F. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil...* cit., p. 387-388)

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...* cit., p. 43.

⁴²⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 218.

3.2.2 Processos coletivos e democracia social

Os processos coletivos representam o passaporte para a cidadania social, na medida em que franqueiam a estrutura instrumental imprescindível para a reivindicação de direitos constitucionais que perfazem o verdadeiro sentido de dignidade humana.

A racionalidade do dogmatismo rígido do processo tradicional não ofertava oportunidade para o questionamento judicial dos direitos de fraternidade, ou seja, interesses compreendidos, não sob a perspectiva individual, mas sob a perspectiva do indivíduo como parte integrante de uma comunidade. O processo coletivo, por sua vez, inaugurou uma nova fase, em que, por intermédio do processo, traduz-se a exigibilidade dos anseios sociais até então sem voz ativa perante o Poder Judiciário.

O simples fato de o provimento jurisdicional atingir uma coletividade, seja através da tutela dos direitos essencialmente coletivos, ou por meio dos direitos acidentalmente coletivos, por si só outorga um significado social destacável das demais decisões que se mantêm restritas à esfera individual, independente do direito material nela discutido⁴²⁸. Vale dizer, se por um lado se reconhece que, por intermédio de uma ação individual, pode-se veicular um interesse público⁴²⁹, por outro, não se pode desconsiderar que, subjacentes às ações coletivas, há sempre um interesse público qualificado e reforçado, por se tratarem os destinatários de uma coletividade⁴³⁰.

Estes direitos comunitários, instrumentalizados por meio do processo coletivo, trouxeram à análise jurisdicional questões de largo espectro político, deixando para trás o contingenciamento do conflito de interesses nos limites restritos da perspectiva individual. A estrutura processual intersubjetiva passou a ser metaindividual, fruto da reunião de interesses disseminados por segmentos sociais, caracterizados também por serem fluidos, desagregados e soltos na sociedade.

⁴²⁸ NERY JR., Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). São Paulo: RT, 1995. p. 358-359.

⁴²⁹ Segundo o entendimento de OWEN FISS, o processo pode servir aos interesses das partes privadas, mas pode também ter um propósito público em seu resultado: “O processo pode destinar-se ao pleito ou à proteção dos direitos individuais do investidor. Entretanto, um propósito público também pode ser alcançado por este mesmo processo no sentido de que, se bem-sucedido, fará com que o comportamento dos corretores adapte-se à lei antitruste”. (FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. p. 234)

⁴³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo civil de interesse público...* cit., p. 37.

A intensa conflituosidade, característica marcante do direito difuso, exige do Poder Judiciário escolhas políticas valorativas, pois, na maioria das vezes, o conflito posto a julgamento refere-se ao enfrentamento entre dois interesses legítimos, sem hierarquização entre eles previamente traçada pelo ordenamento jurídico. Como demonstrado neste trabalho, nos *hard cases* a adjudicação tradicional por meio da técnica de subsunção não mais se revela suficiente, sendo necessário que o magistrado exerça uma opção política entre dois valores igualmente protegidos pelo sistema jurídico, utilizando-se métodos hermenêuticos eficientes para o sopesamento dos elementos normativos em colisão no caso concreto⁴³¹.

Nesta senda, os dissídios tornaram-se complexos, plurais, questionadores da atuação estatal. Por meio do Poder jurisdicional, reivindica-se a soberania social⁴³², colocando-se em discussão as escolhas dos demais Poderes e franqueando um canal aberto ao povo para que este tenha a oportunidade de se insurgir contra as violações aos ditames e objetivos constitucionais, descobrindo, enfim, o manto até então intocável do princípio da separação de Poderes.

Os valores democráticos serviram de inspiração à modelagem dos processos coletivos. O redimensionamento de seus institutos culminou na procedimentalização da democracia, proporcionando equivalentes funcionais à democracia direta, como forma de questionar as disfuncionalidades da democracia representativa⁴³³.

A sociedade civil vislumbrou no Poder Judiciário uma esfera de superação do déficit democrático dos demais espaços políticos. A frustração das expectativas sociais encontrou no processo coletivo um meio para ecoar as ideologias que permeavam os

⁴³¹ DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 593. Também neste sentido, SÉRGIO CRUZ ARENHART: “A fluidez dos conceitos que liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, aos magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensão as questões a ele sujeitas”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas pelo poder judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 507)

⁴³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela de interesses difusos...* cit., p. 10.

⁴³³ “Ante a evidente insuficiência da atuação isolada das instâncias administrativa para a real consecução das metas e programas contidos nas normas voltadas à tutela dos bens e valores metaindividuais, e considerando que o trinômio ação – processo- jurisdição hoje se considera integrado no esforço em prol da realização do bem comum, já propugnamos que o Judiciário, em sua atuação nos casos concretos, pode de algum modo suprir as falhas ocorrentes no sistema, nisso que a doutrina francesa refere como *role suppléif du judge*”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas...* cit., p. 790-791)

valores da sociedade, mas que não encontravam respaldo nas esferas de participação dos demais Poderes.

O processo coletivo torna-se então instrumento de democracia participativa⁴³⁴, assegurando aos cidadãos a ingerência nos destinos da sociedade política⁴³⁵. O objeto da ação passa a ser a revisão substancial de uma política governamental, devidamente legitimada pela função conferida pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, de sindicabilidade dos direitos fundamentais.

Em análise do perfil das ações civis públicas propostas, MARCELO BURGOS e LUIZ WERNECK VIANNA constataram que elas têm duas vocações primordiais: propiciar à sociedade vigilância do Poder Público e servir como mecanismo de defesa contra os abusos econômicos cometidos por empresas privadas e por instituições filantrópicas. Mas a pesquisa também evidenciou um conjunto de ações com perfil inovador, em que o objeto é a postulação de novos direitos, seja contra a omissão do Poder Público, bastante frequentes na área do meio ambiente e dos direitos de crianças e adolescentes, seja judicializando itens das políticas públicas⁴³⁶.

Por intermédio do Poder Judiciário, abre-se espaço para que os novos atores sociais⁴³⁷, antes desconhecidos pelo anonimato da democracia representativa e pela fragilidade dos demais mecanismos da democracia participativa, possam participar da construção da agenda pública, questionando as escolhas equivocadas na distribuição dos bens comuns ou insurgindo-se contra a inércia dos demais Poderes na consecução de direitos fundamentais.

Como via corretiva das falhas oriundas de processos políticos advindos de outras esferas de Poder e também do método de distribuição de bens pelo mercado, o processo jurisdicional confronta-se com a dificuldade técnica de racionalizar o seu

⁴³⁴ Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, atualmente estamos a caminho de superar a concepção de democracia representativa para acendermos à democracia participativa, sendo a via jurisdicional um canal legítimo para a participação popular. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo *Interesses difusos...* cit., p. 132)

⁴³⁵ VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo...* cit., p. 116.

⁴³⁶ BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 464.

⁴³⁷ “A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial as ONGs e o Ministério Público estão ampliando os foros do debate público sobre a justiça social, em particular, nas políticas públicas, o meio de excelência de sua realização”. (MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 565)

procedimento de forma que a deliberação final tenha o êxito em ofertar a resposta adequada e legítima ao caso concreto.

Inseridas nesta perspectiva, as normas processuais devem ser orquestradas de maneira a não apenas limitar-se à busca da realidade histórico-conflituosa, sendo necessária a sensibilidade dos mecanismos procedimentais em projetar os fatos e as consequências jurídicas de forma prospectiva, analisando os reflexos sociais, econômicos e políticos da decisão final. Esta tarefa exige um novo recorte do processo civil moderno, antes restrito à busca retrospectiva da *fattispecie* e à aplicação mecânica da *sanctio juris*.

O início para o impulso da reforma estrutural encontra-se na permeabilização do procedimento aos valores democráticos. O alargamento do espectro da atuação do Poder Judiciário foi fruto da consolidação e do fortalecimento da democracia no Brasil⁴³⁸. O processo jurisdicional, por sua vez, enquanto método para dar efetividade aos desígnios dos valores constitucionais, deve proporcionar uma resposta adequada a esta incumbência, por intermédio de um procedimento também pautado nos valores democráticos, sob pena de tornar-se um poder autoritário e retornar às querelas burocráticas e formalistas do processo civil tradicional, quando então não havia qualquer preocupação com os reflexos sociais e políticos da técnica processual.

A cláusula do contraditório traduz o espírito democrático no âmbito jurisdicional. Como já se revelou anteriormente, nos processos coletivos este princípio ganha contornos mais alargados, de forma a reproduzir a pluralidade do debate, mas não circunscrito à dualidade binária e diametralmente contraposta, como nas lides meramente compensatórias.

Quando o objeto da ação civil pública versa sobre a alocação de direitos sociais, a cláusula do contraditório torna-se elástica, devendo envolver não apenas os legitimados coletivos, mas a participação efetiva da sociedade civil, sem descuidar da técnica metodológica do instrumento, imprescindível à racionalidade, celeridade e à ordem do processo.

A densidade e a complexidade da matéria envolvida no controle jurisdicional de políticas públicas exigem uma intensa relação dialética, com a abertura do

⁴³⁸. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do judiciário...* cit., p. 30.

procedimento à participação popular, cotejando-se os diferentes enfoques e as realidades contraditórias e polêmicas trazidas ao debate, que naturalmente envolvem as escolhas políticas.

Se o provimento jurisdicional é ato exclusivo do órgão julgador, que terá a palavra final e definitiva sobre uma decisão de natureza política, sua legitimidade política para o controle das políticas públicas advém, dentre outras qualificações, da modelagem do *iter* procedimental de forma a inserir os atos processuais em um sistema eminentemente discursivo. Assim sendo, o processo para a descoberta da ideologia insere nos valores constitucionais não se limitará ao monopólio do magistrado, fruto de um saber meramente técnico e racional, mas será o resultado de ponderações plurais, advindas de concepções de diversos setores da sociedade⁴³⁹.

A eliminação da insatisfação é um dos escopos sociais do processo. Com o provimento jurisdicional, ilide-se o estado anímico contido na lide, pois, ao final, haverá uma decisão definitiva sobre o conflito de interesses que será imunizado pela coisa julgada, ou seja, não mais passível de ser discutido, sedimentando, definitivamente, determinado. Daí a necessária observância das garantias constitucionais, mormente do contraditório: com a possibilidade de participação das partes na solução dos conflitos, maior a conformação social sobre os resultados do provimento jurisdicional e, em consequência, maior a potencialidade para a canalização da conflituosidade social. Em última análise, maior a legitimidade política da decisão perante o sistema de harmonização entre os Poderes da República e a sociedade.

Deve-se reconhecer que a pacificação social não se atinge por intermédio de qualquer deliberação judicial. O escopo social do processo exige que ele sirva à aplicação certa da solução disposta no direito material. Em outras palavras, não basta apenas a composição da lide, mas a sua justa composição. O instrumento deve se valer de critérios justos para a pacificação de interesses, caso contrário, ele se afastará da sua função social. Daí decorre a preocupação com os reflexos sociais do processo coletivo que têm como objeto o controle jurisdicional de políticas públicas: uma decisão

⁴³⁹ “Nosso argumento é o de que a ideologia não se apresenta apenas como conjunto de “idéias prontas” (o contrário do saber esclarecido), porque ao ocultar determinados aspectos particulares dos problemas, dialeticamente, também os denuncia, tornando necessário o trabalho de (re)pensar, sob os novos ângulos, os problemas e os propósitos que nos orientam”. (PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Conceito de interesse público e crítica de sua legitimidade: futuro da ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 512).

incorreta e descontextualizada corroborará ainda mais para a injustiça na distribuição dos bens comuns.

O processo coletivo, portanto, promove a democratização do procedimento, à medida que sua estrutura alinha-se aos institutos subjetivos plurais e aos interesses multilaterais, ampliando o campo da compreensão da matéria por intermédio da dialética processual. Promove-se assim uma quebra no círculo vicioso “objeto-sujeito-objeto”, rompendo-se com a bipolaridade entre o diálogo rígido e limitado do “lícito ou ilícito”.

No processo coletivo de interesse público adota-se o agir comunicativo, pois, para além das estratégias das partes em vencer a demanda, o escopo é reunir forças a fim de encontrar a melhor solução para o bem comum da sociedade. Melhor explicando, “o processo deve consistir antes de tudo em um espaço eficiente de discussão, integração e interação das partes e interessados, sob coordenação do magistrado, todos se empenhando primeiramente, no enfrentamento da complexa tarefa de delimitação das competências e atribuições dos diferentes órgãos e setores envolvidos para se chegar a um comum acordo à definição e determinação das responsabilidades compartilhadas e específicas de cada qual”⁴⁴⁰.

Respeitando-se as estreitezas insuperáveis do debate inserto no procedimento jurisdicional, o ideal é aproximar, na medida do possível, o diálogo processual às características da multiplicidade e variedade do debate sobre a construção das políticas públicas que ocorre nos demais Poderes, o Legislativo e o Executivo.

Portanto, pode-se concluir que parcela da legitimidade democrática da revisão de uma política pública encontra-se no procedimento em que a decisão é formada⁴⁴¹, ou seja, na racionalidade ínsita aos atos processuais e no diálogo estreito com a sociedade, franqueando pluralidade ao debate e concorrendo para uma decisão mais justa pelo magistrado.

Sem embargo, nos processos coletivos, os poderes do órgão julgador devem ser mais extensos, conforme as razões já expostas. Nas ações coletivas que visam ao

⁴⁴⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: Milaré, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 170.

⁴⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo poder judiciário...* cit., p. 510.

controle jurisdicional de políticas públicas, esta prerrogativa do magistrado sofre um *plus*, já que o órgão julgador deve exercer um maior gerenciamento dos atos processuais de modo a proporcionar e organizar um amplo debate com a sociedade civil, sopesando esta participação com a racionalidade e eficiência esperada do procedimento⁴⁴².

A *defining function* ganha expressivo relevo, à medida que o juiz exerce um controle maior sobre a idoneidade processual do legitimado coletivo, aferindo se este de fato é um representante adequado para pleitear os direitos sociais em nome da sociedade ou de uma comunidade, e sobre os elementos objetivos do processo, como a causa de pedir e o pedido. Por fim, o magistrado não deve se descurar da fase de execução, pois “demanda-se neste contexto, uma postura flexível, criativa e participativa do intérprete na instituição de medidas concretas e adequadas ao cumprimento das execuções judiciais, adequando-as aos complicadores sobrevindos e, avaliando os resultados conforme os parâmetros constitucionalmente exigidos”⁴⁴³.

Os vetores democráticos de acesso à justiça também ganham destaque nos processos coletivos por meio da extensão *erga omnes* da coisa julgada, adotando o modelo processual brasileiro um sistema automaticamente inclusivo dos cidadãos que estão na mesma situação fático-jurídica. A decisão judicial transforma-se em cláusula genérica, espraiando sua eficácia para o gozo dos direitos judicialmente reconhecidos e aproximando-se das qualidades de abstração e generalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

Outra importante constatação que se pode depreender dos processos coletivos que veiculam políticas públicas, dentro do espectro da análise dos escopos políticos, diz respeito à educação em direitos.

Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,

“na medida em que a população confia no Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios”⁴⁴⁴.

⁴⁴² “Em tudo isso, vê a mão do juiz participar de forma mais efetiva da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização das políticas públicas”. (ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 505)

⁴⁴³ BRASIL JR., Samuel Meira. O *enforcement* das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01.

⁴⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* cit., p. 191-192.

Neste sentido, pode-se afirmar que o sucesso ou insucesso da demanda é idôneo a incutir no jurisdicionado um espírito pedagógico de observância imperativa do direito objetivo diante da eficácia e efetividade do método instrumental utilizado para fazer valer os Direitos materiais abstratamente previstos⁴⁴⁵.

Nesta linha de raciocínio, JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO qualifica a ação civil pública como instrumento de educação democrática:

“De fato, o ajuizamento de ações civis públicas que buscam o cumprimento de deveres públicos e democráticos, ou a condenação de entidades ou pessoas por terem excedido os limites da lei e da liberdade advinda do regime democrático, acaba por ensinar ora os cidadãos, o agente público e as empresas, ora as associações ou os sindicatos a agirem, viverem e se comportarem democraticamente, isto é, a respeitarem a Constituição, a lei e os interesses difusos, coletivos e até mesmo individuais”⁴⁴⁶.

Ademais, direitos nem sempre são auto-realizáveis e, quando violados, demandam mobilização social e política para serem concretizados⁴⁴⁷. Diante da inobservância espontânea, necessária à utilização do processo como mecanismo coercitivo para exigir o respeito a estes direitos. A mobilização hábil à provocação do Poder Judiciário não deixa de ser um incentivo à conscientização dos direitos e à confiança depositada neste poder de solução dos conflitos sociológicos⁴⁴⁸.

Enfim, pode-se afirmar que os processos coletivos, mormente os que veiculam a correção ou a implementação das políticas públicas, são dotados de evidente peso político, sendo esta a razão pela qual o seu procedimento deve ser imbuído de valores

⁴⁴⁵ A educação, além de ser um dos escopos do processo, é ainda fomento para a litigância. Segundo pesquisa realizada, “quanto mais rica e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de um estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno de direitos sociais. (HOFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 384).

⁴⁴⁶ BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública. Instrumento de educação democrática. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002. p. 404.

⁴⁴⁷ Este aspecto educacional do processo é claramente compreendido nos processos coletivos. A conotação social e política dos direitos transindividuais reveste o processo coletivo de instrumento para o exercício de cidadania.

⁴⁴⁸ Sobre o tema: FELDMAN, Fábio. Ação civil pública: fator de mobilização social. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

democráticos. Os reflexos deste *iter* dialético têm resultados que extrapolam aqueles decorrentes de uma decisão judicial sobre uma relação jurídica conflituosa, tornando-se assim fonte pedagógica de observância dos interesses sociais e ainda incitando a população a se mobilizar para a defesa dos direitos comunitários, de modo a reagir contra a violação dos legítimos interesses de uma sociedade.

3.3 Conclusões parciais

No presente Capítulo, foi demonstrada evolução da Ciência processual, desde a *actio* romana até os tempos atuais. Hodiernamente, o processo civil recebe inspiração da fase denominada de *instrumentalismo substancial*, fruto da permeabilidade dos valores sociais e constitucionais, que serviram de vetores ao novo modelo processual de interesse público.

Inserido nestes novos rumos, o processo coletivo tornou-se verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal, permitindo o amplo acesso à justiça dos cidadãos e, principalmente, apresentando-se como mecanismo eficiente de participação da sociedade civil nos assuntos de largo espectro social e ampla densidade político-jurídica.

O microssistema processual coletivo brasileiro representa uma das mais avançadas legislações, apresentando técnicas processuais diferenciadas do modelo processual clássico, com influência do sistema norte-americano das *class actions*, adaptadas à realidade social pátria. A despeito dos avanços, surgem constantemente novos estudos e propostas sobre a codificação relacionada ao tema, corroborando para ajustar determinados institutos às características de transindividualidade dos direitos coletivos *lato sensu* e da indivisibilidade que marca o aspecto objetivo dos direitos difusos e coletivos.

Afirmou-se que determinados direitos sociais contêm dimensões individuais e coletivas, e, em razão disso, podem ser postulados por meio de todas as modalidades de ações previstas pelas normas processuais. Contudo, conclui-se que a tutela de direitos essencialmente coletivos tem primazia sobre as tutelas individuais e sobre as tutelas

coletivas de direitos (individuais homogêneos), pois, diante da incindibilidade de seu objeto, concorrem com mais eficácia para a justa distribuição dos benefícios sociais.

Por fim, salientou-se sobre os valores democráticos que devem permear o processo coletivo, refletindo uma relação dialética ampla, que deve preceder à decisão judicial para que esta seja o resultado de um debate eminentemente plural. Ademais, para além do término do conflito de interesse, concluiu-se que o processo coletivo também reflete um instrumento pedagógico de respeito aos interesses sociais e concorre para promover uma maior mobilização social quando há afronta aos direitos que perfazem a dignidade humana.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS À SERVIÇO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Representatividade adequada e democracia processual

4.1.1 *Legitimidade coletiva*

No Capítulo anterior, destacou-se a importância e o peso político das ações coletivas, seja por sua característica de transindividualidade, recaindo os seus efeitos sobre o patrimônio jurídico de uma massa de interessados, seja por se tratar de instrumento processual inegavelmente mais adequado a discutir assuntos de alta relevância social. Por esta razão, a correta definição daqueles a quem o sistema jurídico outorga legitimidade para a propositura e condução deste importante instrumento jurídico-político representa um dos aspectos principais a concorrer para o êxito na consecução dos objetivos constitucionais traçados aos processos coletivos.

O sistema processual coletivo brasileiro iniciou-se com a previsão da ação popular, elegendo o cidadão como legitimado à sua propositura, com poderes para questionar em juízo as ilicitudes e imoralidades que tornam nulos os atos emanados do Poder Público. Contudo, de acordo com a análise de ADA PELLEGRINI GRINOVER, o objeto restrito da ação popular e a legitimidade que não contemplava os órgãos públicos não faziam desta ação um instrumento efetivo⁴⁴⁹.

Diante das fragilidades apresentadas pelo modelo de legitimidade individual contemplada na ação popular, e, com vistas ao fortalecimento do autor da demanda coletiva, optou-se por excluir a legitimidade do cidadão para a propositura da denominada ação civil pública. Deste modo, a Lei 7.347/85, em seu artigo 5.º, integrada

⁴⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos...* cit., p. 11.

posteriormente ao artigo 82 da Lei 8.078/90, outorgou legitimidade concorrente aos órgãos públicos e às associações civis, perfazendo-se o modelo misto de legitimidade⁴⁵⁰.

A escolha legislativa por determinados órgãos públicos e pelas associações retrata uma opção política consagrada no sistema processual brasileiro. Trata-se de legitimidade determinada *ope legis* e, portanto, rol taxativo. Deste modo, o legislador antecipou-se e franqueou legitimidade àqueles que, diante de sua posição e função exercida perante a sociedade e de suas atribuições constitucionais, apresentam melhores condições e capacidade de identificar os interesses fragmentados e dispersos na sociedade e de atuar com representatividade e idoneidade na defesa destes interesses coletivos. No sistema misto, a potencialidade dos entes públicos une-se às vozes e aos anseios populares, estes expressos por meio da sociedade civil organizada.

Deve-se destacar ainda a divergência existente atualmente na doutrina acerca da natureza jurídica da legitimação ativa para as ações coletivas. Há quem entenda tratar-se de legitimação extraordinária por substituição processual, seja em razão de autorização legal ou pela simples menção no ordenamento jurídico de legitimado diverso do titular do direito discutido em juízo⁴⁵¹. KAZUO WATANABE defende tratar-se de legitimação ordinária das formações sociais, decorrente de uma ampla interpretação do artigo 6.º do Código de Processo Civil⁴⁵². NELSON NERY JR., por fim, perfilha o entendimento de que se trata de legitimação autônoma para a condução do processo, espécie de legitimação objetiva e independente da relação do direito material, pois a dicotomia entre legitimidade ordinária e extraordinária somente teria cabimento para

⁴⁵⁰ Conforme relata KAZUO WATANABE, há três opções para a legitimidade coletiva: a) a legitimidade privada, em que contempla apenas a pessoa física e a associação; b) a legitimidade pública, que admite a legitimidade apenas dos entes públicos; c) a legitimidade mista, que admite tanto a legitimidade das pessoas físicas e associações como os entes públicos. (WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. p. 2)

⁴⁵¹ Esta tese foi encabeçada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos, p. 8, nota 1.

⁴⁵² “E a legitimação, conforme já ficou anotado, é ordinária, e não extraordinária. Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em Juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser”. (*Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir*, p. 94)

explicar o fenômeno concernente aos direitos individuais e não se presta a explicar a legitimação na dimensão processual coletiva⁴⁵³.

Entre os entes públicos legitimados à propositura das ações coletivas, destacam-se o Ministério Público⁴⁵⁴ e a Defensoria Pública⁴⁵⁵. As prerrogativas constitucionais inerentes às funções que estes agentes políticos ocupam, aliadas aos poderes investigatórios relacionados ao inquérito civil⁴⁵⁶ e aos procedimentos investigatórios⁴⁵⁷, fazem destas instituições mecanismos eficientes de enfrentamento dos grandes violadores dos direitos transindividuais. Não há dúvidas de que a atuação coletiva destes órgãos proporciona a ampliação ao acesso à justiça e ainda contribui para a proteção de interesses sub-representados, a exemplo do meio ambiente⁴⁵⁸.

Não se pode olvidar ainda a contribuição dos órgãos que integram a Administração Pública. A legislação ampliou sabidamente a legitimidade *ad causam* para abrangê-los, ainda que despidos de personalidade jurídica. Assim sendo, dotados de uma atuação específica, mormente na área do Direito do consumidor, estes órgãos e

⁴⁵³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante...* cit., p. 1.885.

⁴⁵⁴ Artigo 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: II – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁴⁵⁵ A legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas pela Defensoria Pública já era aceita pela jurisprudência, diante da interpretação teleológica do artigo 5.º, III, da Lei 7.347/85. Contudo, a fim de extirpar quaisquer dúvidas, a Lei 11.448/2007 introduziu o inciso II no citado dispositivo, mencionando expressamente a Defensoria Pública como órgão legitimado à tutela coletiva. Após a edição desta lei, a Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a legitimidade da Defensoria Pública à ação civil pública afetaria a sua atribuição e, ainda, que aquela instituição tem seu objetivo institucional restrito a atender os necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira. Ada Pellegrini Grinover, em parecer apresentado nesta ação declaratória, defendeu a constitucionalidade da lei, nos seguintes termos: “(...) a ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela”.

⁴⁵⁶ Artigo 8.º, § 1.º, da Lei 7.347/85.

⁴⁵⁷ A Defensoria Pública é dotada de poder requisitório, consoante expressamente previsto na Lei Orgânica da Defensoria Pública 80/94, artigo 128, X.

⁴⁵⁸ “Nessa dinâmica, os interesses difusos e coletivos tendem a permanecer sub-representados. Tendo em vista a sua dispersão, acabam não sendo transmitidos adequadamente pelos mecanismos de mercado”. (...) “As demandas do *tipo coletivo*, ao contrário, não são praticamente transmitidas porque, em virtude de seu alto grau de dispersão, os sujeitos interessados agem como *free-riders* (caronas), tentando se beneficiar da iniciativa de outras pessoas na defesa do bem comum em disputa, o qual, caso se concretize os abrangerá, sem qualquer custo ou compensação”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental...* cit., p. 129)

entidades também merecem o reconhecimento da eficiência na condução do processo coletivo⁴⁵⁹.

Inserida na categoria de corpos intermediários, segundo a lição de MAURO CAPPELLETTI, as associações representam o reconhecimento da capacidade de ação e representação jurídica à própria sociedade organizada, impelida por um interesse comunitário⁴⁶⁰. O que defende MAURO CAPPELLETTI é a necessária abertura do processo civil aos corpos intermediários, a fim de fortalecer a própria sociedade civil e evitar que todo o poder fique concentrado nas mãos dos entes públicos.

A legitimidade processual conferida às associações corrobora para a afirmação do caráter democrático da ação civil pública. É no seio da sociedade que afloram os reais interesses dos cidadãos, e, quando retratados em um processo coletivo, representam a possibilidade de gestão participativa da sociedade civil organizada, oportunizando contrastar as suas escolhas políticas com as decisões político-estatais.

Entretanto, após anos de análise dos reflexos da Lei de Ação Civil Pública e das regras processuais do Código de Defesa do Consumidor, em que pese a adoção do regime público e privado do representante ideológico para as ações coletivas, pode-se afirmar que as associações pouco têm contribuído para tornar efetiva a tutela do direito de massas, fazendo-se do Ministério Público, e, mais recentemente, da Defensoria Pública, os principais atores na condução do processo coletivo⁴⁶¹. O que se verifica na prática é a renúncia das associações à sua prerrogativa de se utilizar deste importante instrumento político de participação pelas vias jurisdicionais, o que concorre para enfraquecer as vozes populares na formação do processo político-social.

Um dos entraves existentes para a atuação mais ativa das associações em demandas coletivas refere-se aos custos envolvidos na preparação e na provocação do

⁴⁵⁹ KAZUO WATANABE destaca a atuação do Procon e do Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor na propositura de ações civis públicas. (WATANABE, Kazuo. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* cit., p. 821)

⁴⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *RePro*, n. 5, p. 128-159, São Paulo, RT, jan./mar. 1977. p. 148-149.

⁴⁶¹ “O Ministério Público é responsável por 90% das ações civis públicas. Preocupa pois esse é um sintoma da fragilidade da nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada “sociedade civil”, a grave crise nacional de educação, baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: RT, 2007. p. 112)

Poder Judiciário⁴⁶². Sobre o tema, CARLOS ALBERTO DE SALLES analisa que, nos processos coletivos, as “medidas judiciais são custosas, implicando despesas com sua preparação, iniciativa e patrocínio, somando gastos que vão muito além das custas judiciais e dos honorários advocatícios”⁴⁶³. E, justamente, nesta ponderação entre custos e benefícios, as associações renunciam a este poder conferido pela legislação de condução da demanda coletiva, afastando-se do processo judicial, e, mais uma vez, das discussões políticas ínsitas ao processo de massas.

Malgrado este cenário atual das ações coletivas, deve-se insistir na legitimidade da sociedade civil organizada, contornando os entraves dos custos de informação, e, em consequência, permitindo que a sociedade civil possa assumir esta responsabilidade de contribuir com as deliberações de largo espectro social e político, por meio da fiscalização dos desvios do curso legítimo do interesse público praticados pelos demais Poderes.

Nesta difícil tarefa, podem contribuir o próprio Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais, em vez de simplesmente substituir o papel das associações, podem coparticipar do processo de conscientização da importância de atuação direta das organizações da sociedade civil na defesa coletiva de seus direitos. Portanto, estes órgãos públicos podem fazer com que a demanda coletiva seja também um procedimento pedagógico, transferindo os conhecimentos que adquiriram pelo exercício constante da litigiosidade e de sua experiência na atuação difusa e coletiva⁴⁶⁴.

Por fim, cabe ainda destacar que a opção legislativa acerca da legitimidade da pessoa física para a propositura da ação civil pública merece ser revisitada. Se por um

⁴⁶² ROGÉRIO BASTOS ARANTES, ao contrário, afirma que a introdução do inquérito civil na Lei 7.347/85, como monopólio do Ministério Público, contribuiu para o desequilíbrio entre este órgão e as associações, colocando o *Parquet* em situação de extrema vantagem em relação aos demais legitimados, principalmente em relação às associações, que estão despidos de poderes investigatórios. Segundo Arantes, por esta razão pode-se explicar o fenômeno do *free-riding*, ou seja, o fato de que as associações deixem de fazer uso da ação civil pública e esperem que o Ministério Público faça por elas. (ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e a política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002. p. 73-74)

⁴⁶³ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo... cit., p. 180.

⁴⁶⁴ Perfilhando este entendimento, a doutrina a seguir transcrita: “A premissa que vamos estabelecer é a possibilidade de o membro do *Parquet* estabelecer parcerias com os cidadãos e associações civis, com a finalidade de se possibilitar movimentos sociais, em resposta à inação do Estado e aos abusos do mercado, seja no desenvolvimento ou execução conjunta de programas e projetos. A mobilização da sociedade civil é um processo que deve ser construído pelos Promotores de Justiça e constitui uma das alternativas de efetivação da norma, uma vez que devemos considerar a conexão direito/poder como mecanismo de aprimoramento das relações sociais”. (TARIN, Denise. *A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas*. Ministério Público e políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59)

lado é inescapável reconhecer que a legitimidade individual enfrenta inegáveis empecilhos, como os custos de informação, hipossuficiência organizacional e o desequilíbrio de forças; por outro, entende-se que excluir a possibilidade de o cidadão questionar o maltrato às normas que tutelam os interesses coletivos, muitas delas diretamente relacionadas a seus direitos fundamentais, traduz-se em restrição incompatível com o acesso democrático à justiça.

Em um Estado social e democrático que entende por legítimo o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, não se pode insistir em excluir o indivíduo de exercer a sua cidadania e defender os direitos que integram o seu patrimônio.

A indivisibilidade dos direitos sociais encontra-se no plano material e sociológico, de modo que o direito instrumental não pode representar um obstáculo insuperável ao acesso à justiça. Ao contrário, sua técnica deve moldar-se e acompanhar as opções ideológicas externadas pelo Direito substancial.

Portanto, os empecilhos devem ser superados com a percepção democrática dos processos coletivos, moldando os seus institutos para que sirvam como um canal participativo ao cidadão em concorrer para o bem comum.

Como bem ponderado por EURICO FERRARESI, o problema do sistema processual coletivo não está em atribuir legitimidade ao indivíduo, mas sim na preocupação de realizar o controle desta legitimidade⁴⁶⁵. E este controle pode ser feito por meio da representatividade adequada, próximo ponto a ser estudado.

4.1.2 Representatividade adequada

O instituto da representatividade adequada é extraído das *class actions* e representa um dos pilares sobre o qual jaz o sistema processual coletivo norte-americano. Por se tratar de ações representativas, o portador em juízo dos interesses do grupo deve apresentar necessárias condições de seriedade e idoneidade na condução do processo⁴⁶⁶, visando à proteção vigorosa dos interesses dos representados.

⁴⁶⁵ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva... cit., p. 137.

⁴⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*... cit., p. 14.

O sistema das *class actions* contempla a legitimidade individual para a propositura de ações coletivas, mesmo que estas sejam permeadas pelo interesse social⁴⁶⁷. Portanto, qualquer indivíduo pode ser autor de uma ação coletiva, desde que observe todos os requisitos que o fazem um adequado representante dos interesses da classe. Em razão da autorização da legitimidade individual, e, portanto, da maior abertura democrática para a propositura das ações coletivas, necessária se faz a aferição, em concreto, da representatividade adequada. Tem-se, portanto, que, no sistema das *class actions*, o controle da representatividade adequada qualifica-se como *ope judicis*, ou seja, é realizada de forma casuística pelo órgão julgador.

O requisito da representatividade adequada encontra esteio na garantia do *due process of law*⁴⁶⁸. Diante da impossibilidade de que todos aqueles que serão atingidos pela decisão figurem como parte no processo, a representação de interesses torna-se a base do sistema processual coletivo⁴⁶⁹. E, visando a assegurar o devido processo legal em relação aos membros ausentes da coletividade (*absent class members*), o autor tem o ônus de comprovar que detém todas as qualificações necessárias para o regular desempenho de uma representação adequada.

O sistema coletivo norte-americano também se serve da notificação (*notification*), mecanismo de comunicação sobre a existência da ação coletiva aos membros ausentes, como exigência para a eficácia dos efeitos da coisa julgada. A notificação pessoal é somente prevista na espécie *Rule 23(b)(3)*, as denominadas *class*

⁴⁶⁷ “O direito americano moderno percebeu que a forma mais eficiente de controlar o cumprimento (*enforcement*) de alguns tipos de leis com dimensões sociais (como as leis do consumidor, antitruste, *civil rights*, *securities* etc.) é atribuir tal controle diretamente às pessoas interessadas, e não somente através do controle monopolístico do Estado. Essa concepção deu origem à *private attorney general litigation*, ações de interesse social (cuja legitimidade, no Brasil, seria tendencialmente atribuída ao Ministério Público), propostas de forma privada diretamente pelas pessoas cujos direitos foram violados. O cidadão, ao lutar pelo seu interesse pessoal, está tutelando o interesse da comunidade à qual pertence. A legitimidade para agir é dada ao cidadão, mas a função da ação proposta é a mesma daquela proposta pelo *attorney* general: a tutela do interesse público. (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva...* cit., p. 34)

⁴⁶⁸ Sobre a garantia do *due process of law*: “Na realidade, o prisma da defesa do indivíduo, na cláusula, é só aparente: impedir lesões de direitos individuais, sem o devido processo legal, significa adequação à natureza dialética do processo. Se o escopo da cláusula é a proteção de direitos individuais, somente assegurando o contraditório e a igualdade das partes poderá o juiz proferir imparcialmente sua decisão. A possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais, colocam ambas as partes em posição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação...* cit., p. 40)

⁴⁶⁹ Segundo corretamente dispõe OWEN FISS, o sistema de representação das ações coletivas não se trata de representação de indivíduos, mas de representação de interesses. Afirma o autor que nem toda a pessoa tem o direito de ser representada em um processo judicial estrutural (“*day in court*”), mas apenas que todo o interesse envolvido seja adequadamente representado em juízo. (FISS, Owen. Op. cit., p. 218-219)

actions for damages, em que os interesses podem ser fracionados. Desta forma, após o *notice*, aqueles que desejarem, podem exercer o seu direito de exclusão (*opt out*), a fim de ilidir qualquer vinculação aos efeitos do provimento judicial⁴⁷⁰. Ainda assim, para ter-se como protegida a cláusula do *due process of law*, necessário se faz o controle da representatividade adequada, de modo a proporcionar segurança acerca da oportuna representação àqueles que não se manifestaram pela exclusão da ação coletiva, os quais, cientes da ação, podem efetivamente exercer um controle da representatividade adequada durante todo o trâmite do processo.

Portanto, a *adequacy of representation* ocupa uma função essencial no modelo das *class actions* por se tratar de corolário da garantia processual do contraditório (*right to be heard*) dos membros ausentes⁴⁷¹. Frise-se que não há, no sistema norte-americano, temperamentos em relação à extensão da coisa julgada. Em termos técnicos, a coisa julgada forma-se *pro et contra*, estendendo-se a todos que se encontram no mesmo contexto fático e jurídico determinado pela decisão coletiva, ou seja, à classe devidamente delineada no início da fase processual, e que, no caso restrito da ação inscrita na Regra 23(b)(3), não se utilizaram da sua prerrogativa de exclusão. Desta forma, os membros ausentes estão impossibilitados de trazer novamente a questão em juízo, ainda que pelo espectro meramente individual.

A sujeição de um indivíduo a um pronunciamento judicial, sem que este faça parte da relação processual, está condicionada ao requisito da representatividade adequada. A demonstração de sua inobservância pode ensejar a invalidade do julgado ou declaração de ineficácia em relação ao membro ausente⁴⁷².

A *adequacy of representation* encontra-se expressamente prevista no sistema norte-americano das *class actions*, conforme se extrai da *Rule 23(a)(4)*⁴⁷³. Trata-se de um dos pré-requisitos analisados pelo órgão julgador na fase de certificação da defesa coletiva de direitos, a denominada *defining function*.

⁴⁷⁰ Para os membros do grupo facilmente identificáveis, a legislação exige a notificação pessoal. Já para aqueles grupos em que seus membros não são facilmente identificáveis, a notificação deve ser a melhor possível, ainda que não feita pessoalmente a cada indivíduo da classe. Neste último caso, deve-se levar em conta as circunstâncias do caso, às peculiaridades do grupo, a proporcionalidade da localização, entre os aspectos.

⁴⁷¹ GIDI, Antônio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Mexico: Editorial Porrúa, 2003. p. 6.

⁴⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional...* cit., p. 78.

⁴⁷³ “The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

Uma vez confirmada a presença dos pré-requisitos elencados na legislação, haverá a *certification*, que significa o reconhecimento judicial de que o autor preenche os requisitos legais exigidos às *class actions*⁴⁷⁴, entre eles, a representatividade adequada, autorizando-se que a ação siga como coletiva. Ressalve-se que, neste momento, o magistrado faz uma apreciação preliminar e prospectiva⁴⁷⁵ do requisito, pois não há preclusão para a sua análise, podendo subsistir inclusive após a formação da coisa julgada. Repisa-se, portanto, que, durante todo o desenvolvimento do processo⁴⁷⁶, e até mesmo após o trânsito em julgado, é possível o magistrado realizar, inclusive *ex officio*, a aferição do cumprimento deste requisito, visando, sempre, ao resguardo da cláusula do *due process of law*⁴⁷⁷. Vale mencionar que, em tese, não existe sequer o conceito de “representante inadequado”, pois, ou o representante é adequado, ou não há representação dos membros ausentes⁴⁷⁸.

Para se concluir pela presença da *adequacy of representation* no caso concreto, a jurisprudência⁴⁷⁹ norte-americana consolidou entendimento sobre as qualificações exigidas para que o magistrado possa aferir a qualidade da defesa dos interesses da classe: comprometimento com a causa, o vigor na condução do processo, capacidade financeira⁴⁸⁰, interesse, disponibilidade, honestidade, conhecimento do litígio,

⁴⁷⁴ Caso o juiz não entenda estarem presentes os requisitos que estruturam as ações coletivas, a ação não será extinta, mas seguirá como ação individual. O contrário também se verifica: a ação pode iniciar-se individual e, no decorrer do processo, uma das partes pode requerer que o juiz a certifique como coletiva. Tanto o autor como o réu tem interesse jurídico em requerer a certificação. Ainda, por se tratar de questão de interesse público, o juiz pode decidir de ofício. A ação só pode ser certificada *ex officio* pelo magistrado quando a ação iniciar-se coletiva. No caso do réu, o requerimento da certificação é autorizado quando tratar-se de ação coletiva e, quando individual, reconvir ao grupo em *defendant class action*, ou alegar que os membros ausentes devam fazer parte da ação, caso em que o autor deverá emendar a inicial a fim de moldá-la a uma ação coletiva, sob pena de extinção da ação.

⁴⁷⁵ GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas en Estados Unidos...* cit., p. 7.

⁴⁷⁶ Caso se verifique que o ente responsável pela demanda não se qualifica como representante adequado, este pode ser substituído por outro integrante da classe que seja mais idôneo.

⁴⁷⁷ Diante da ausência da representação adequada, o magistrado pode exercer determinadas diligências visando à solucionar a questão: i) pode redefinir o grupo, restringindo-o aos membros representados adequadamente – R 23 (c)(1)(C); ii) notificar o grupo e convidar outros membros para que auxiliem ou substituam o representante adequado R 23 (d)(2); iii) convidar outros advogados para substituir ou auxiliar o advogado do grupo iv) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos para representar cada subgrupo; R23(c)(4)(B); v) negar a possibilidade de prosseguimento da ação na forma coletiva, não a certificando por falta do requisito de adequação.

⁴⁷⁸ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 101.

⁴⁷⁹ “The class action Rule 23 is silent as to the criteria for assessing the adequacy of proposed representatives, but standards have evolved through judicially determined cases”. (MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common Law...* cit., p. 284)

⁴⁸⁰ No entendimento de ANTÔNIO GIDI, a jurisprudência não é unânime quanto à análise da condição financeira do representante, pois ora consideram que não ser o representante adequado quando este não tem como suportar o ônus financeiro das *class actions*, ora entende que sua situação financeira é irrelevante. Mas, segundo o autor, o que deve ser definitivo para a compreensão como representante

credibilidade e ausência de conflito de interesses⁴⁸¹. As características concernentes aos advogados também são analisadas, como a qualificação profissional, a experiência na área, o relacionamento com a parte, os recursos que o advogado disponibilizará para representar o grupo, a qualidade do trabalho no processo, entre outras⁴⁸²; as quais são sempre investigadas sob o prisma de que o advogado representa o grupo e não apenas o representante.

Na síntese de ANTÔNIO GIDI, o requisito da representatividade adequada é constituído por dois elementos: o primeiro diz respeito à vigorosa tutela dos interesses dos membros e a segunda, a ausência de antagonismo ou conflito de interesses do representante com o grupo⁴⁸³. Conclui-se, portanto, que a representatividade adequada não apenas diz respeito aos requisitos individuais do representante, mas inclui, principalmente, a aferição da capacidade de defesa dos interesses comuns de toda a classe⁴⁸⁴.

O rigorismo do sistema norte-americano em relação à representatividade adequada justifica-se pela necessidade de se resguardar o devido processo legal, garantia muito cara ao sistema processual Estados Unidos da América, e, desta forma, projetar a vinculação dos efeitos da coisa julgada aos representados, solucionando de uma única vez os conflitos de toda a classe.

A eficiência que vem demonstrando o sistema de *class actions* escora-se, em expressiva medida, na correta aferição do representante adequado⁴⁸⁵.

Portanto, se por um lado a legitimidade é ampla, autorizando qualquer pessoa a dar início ao processo coletivo, por outro, o prosseguimento do pleito coletivo torna-se

adequado é a condição financeira do advogado, pois é este e não a parte que arca com toda a despesa do litígio. (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 109-110)

⁴⁸¹ Na lição de PEDRO DINAMARCO, o fator mais crítico a ser esmiuçado na análise da *adequacy of representation* é se existe conflito ou antagonismo de interesses entre o representante e os outros membros da classe, pois exige-se que o representante exprima aos anseios de sua categoria, ainda que não haja unanimidade dos integrantes da classe sobre a pessoa do representante. (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 135)

⁴⁸² Rule 23 (g)(1)(C)(i) e Rule 23(1)(C)(ii).

⁴⁸³ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* cit., p. 104.

⁴⁸⁴ FORNACIARI, Flavia Hellmeister Clito. *A representatividade adequada nos processos coletivos*. (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade São Paulo – FADUSP, 2010. p. 55.

⁴⁸⁵ “Através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo”. (GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. *RePro*, n. 108, p. 61-70, São Paulo, RT, 2002. p. 66)

mais restrito no exame de certificação pelo órgão julgador de que o autor, de fato, apresenta todas as qualidades para representar os interesses de uma coletividade que constitui a classe⁴⁸⁶.

Diversamente do modelo das *class actions*, o sistema brasileiro de processo coletivo não apresenta expressamente em sua legislação a representatividade adequada como pré-requisito de admissibilidade das ações coletivas. Apesar da omissão legislativa, a questão suscita divergências doutrinárias e reflexos nas discussões jurisprudenciais.

Antes da promulgação da Lei da Ação Civil Pública, houve intenso debate sobre o modelo a ser adotado na regulamentação dos interesses coletivos *lato sensu*, mormente em relação à legitimação para agir e o seu controle. No início de 1984, o projeto de lei apresentado pelo grupo formado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach⁴⁸⁷, continha expressa disposição acerca do controle pelo órgão julgador da representatividade adequada, a exemplo do modelo das *class actions*. Entretanto, em seminário do Ministério Público de São Paulo, realizado em dezembro de 1983, na cidade de São Lourenço, foi aprovada outra alternativa ao Projeto de Lei acima mencionado, de autoria dos promotores paulistas Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr..

Este projeto, *a priori*, inclinou-se pela adoção do sistema *ope legis*, com a intenção de retirar da discricionariedade do órgão julgador a aferição da representatividade adequada, incorporando na lei rol taxativo com a menção expressa de todos aqueles que, em abstrato, teriam representatividade para demandar interesses coletivos. Esta proposta foi encaminhada ao Ministro da Justiça e apresentada ao Congresso Nacional, formalizando-se como Projeto de Lei, sob o número 4.984/85. Ao final, este projeto foi aprovado e culminou na Lei 7.347/85, em detrimento do Projeto de Lei anterior.

⁴⁸⁶ O requisito da representatividade adequada é defendido por MAURO CAPPELLETTI na análise dos direitos metaindividuais, os quais devem ser compreendidos sob o prisma de garantismo social ou coletivo: “Se a parte ideológica (indivíduo ou associação) que leva a Juízo um certo interesse metaindividual e adequadamente representativa de classe inteira ou de grupo aos quais aquele interesse vai ter, explique os seus efeitos mesmos nos confrontos das partes ausentes”. (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil... cit., p. 155)

⁴⁸⁷ Projeto de Lei 3.034/84, também denominado Projeto de Lei Flávio Bierrenbach.

Diante deste contexto histórico e da dicção da Lei da Ação Civil Pública e das demais legislações coletivas que se seguiram, há quem interprete que o sistema processual coletivo brasileiro adotou o modelo *ope legis* de legitimação e representação para o processo. Com isso quer-se dizer que, apenas os legitimados que se encontram arrolados taxativamente na legislação vigente é que podem figurar como autores na denominada ação civil pública e, ainda, que o legislador teria estabelecido uma presunção absoluta de que estes legitimados seriam verdadeiros representantes adequados, dispensando, *ex lege*, a análise do magistrado⁴⁸⁸.

Sob outro prisma, pode-se defender que nosso ordenamento não exclui expressamente o exame jurisdicional de representatividade adequada, e, concluir que este controle no caso concreto não afronta à reconhecida opção pelo sistema legal de legitimação coletiva. Melhor explicando, pode-se afirmar que a opção *ope legis* refere-se apenas à impossibilidade de ampliação jurisdicional do rol de legitimados coletivos, o que não significa vedação de análise da representatividade adequada entre os legitimados legais.

A dúvida que resta, portanto, é se, ainda sob a revelia da lei, poder-se-ia inferir do sistema coletivo brasileiro a possibilidade de controlar a representatividade adequada dos legitimados coletivos elencados na legislação processual.

Os operadores do Direito, durante estes anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública, depararam-se com problemas práticos a respeito da atuação do legitimado coletivo, pois, no caso concreto, diferente da aparente presunção legislativa, nem sempre a idoneidade e a representatividade se mostraram qualidades inerentes àqueles que se encontram previstos no rol de legitimados coletivos. Nestes casos, pode-se afirmar que os interesses da coletividade não foram devidamente representados, dando-se abertura para a violação da garantia do devido processo legal dos indivíduos que não concorreram para a decisão, mas estão a ela vinculados. Além da garantia do devido processo legal, pode-se afirmar que a representatividade adequada perpassa também pela garantia constitucional ao acesso efetivo à justiça ou acesso à ordem jurídica justa.

⁴⁸⁸ Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...* cit., p. 106; PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 201-202; NELSON NERY JR.; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante...* cit., p. 1531-1532.

Esta é a conclusão de MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL⁴⁸⁹, que, utilizando-se das lições de KAZUO WATANABE⁴⁹⁰, afirma que não basta a mera previsão da tutela coletiva, mas sim que os direitos sejam realmente defendidos, obtendo-se o resultado mais efetivo possível.

Deve-se reconhecer que o sistema brasileiro apresenta técnicas legislativas que servem de atenuantes à afronta a esta garantia constitucional, o que impede a equiparação da matéria com a legislação norte-americana⁴⁹¹.

Em primeiro lugar, a delimitação taxativa dos representantes adequados, estes escolhidos pela importância da função que desempenham na defesa do interesse público e social, é uma técnica que certamente diminui os riscos de falhas na representação da coletividade, principalmente quando comparadas com o modelo que autoriza a abertura processual a qualquer indivíduo, como ocorre nas *class actions*. Este último sistema prima pela democratização do acesso à justiça, mas, em contrapartida, não há como negar que contempla um risco maior de que o desempenho do autor no processo coletivo não esteja a contento ou mesmo amplie as possibilidades de conluio e fraudes, exigindo, em contrapartida, um exame mais rigoroso da representatividade adequada.

Ademais, o sistema processual coletivo brasileiro previu a relativização da coisa julgada. Neste passo, diversamente do sistema das *class actions*, a coisa julgada recebe temperamentos quando o pedido é julgado improcedente, diante da técnica *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes* e ainda com a impossibilidade de prejudicar pleitos individuais, salvo em caso de habilitação como litisconsortes, no caso específico dos direitos individuais homogêneos.

⁴⁸⁹ PASCHOAL, Maximilian Fierro. *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira: lei da ação civil pública e código de defesa do consumidor*. (Dissertação de Mestrado) São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2007. p. 7.

⁴⁹⁰ WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas. Juizado especial de pequenas causas*. WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: RT, 1985.

⁴⁹¹ Aliás, a defesa da representatividade adequada neste trabalho não visa a importar integralmente o instituto das *class actions*, diante das inegáveis diferenças do sistema norte-americano e brasileiro. Entre elas, pode-se mencionar a origem remota das ações de classe nos Estados Unidos, consolidando o instituto como instrumento eficaz para a defesa dos direitos coletivos, contrapondo-se à experiência brasileira, que, a despeito da legislação avançada, ainda engendra esforços para demonstrar os resultados práticos das ações de classe. Podem-se mencionar ainda as diferenças inerentes ao direito material, a exemplo da natureza punitiva (*punitiv damages*) da responsabilidade extracontratual daquele país, com a utilização da punição econômica visando a não reincidência. (PASCHOAL, Maximilian Fierro. *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira...* cit., p. 93)

O escopo destas flexibilizações é evitar que a coletividade ausente seja submetida a uma decisão avessa aos seus interesses da qual não fez parte, e, principalmente, de uma decisão em que não se aferiu se o autor cumpriu o seu papel de representante da coletividade com idoneidade e capacidade necessária ao desempenho do mister⁴⁹².

Posto isto, justifica-se um caráter maior de essencialidade da representatividade adequada no sistema norte-americano quando comparado com o ordenamento pátrio.

Ainda assim, os temperamentos do sistema processual coletivo brasileiro não funcionam como escudo inviolável à garantia do devido processo legal dos membros ausentes, e ao seu corolário, o contraditório⁴⁹³, bem como ao *acesso à ordem jurídica justa*. Deste modo, não se pode negar que há possibilidades reais de que a atuação não satisfatória do legitimado possa ir de encontro aos interesses transindividuais em determinadas hipóteses, sem canais alternativos para salvaguardar estes interesses.

Em primeiro lugar, tem-se que direitos transindividuais indivisíveis, como a modalidade de direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, por opção político-legislativa, somente podem ser demandados em juízo pelos legitimados coletivos enumerados taxativamente na legislação processual. Isso significa que, aos indivíduos é defeso perseguir direitos que não possam ser fragmentados. Nos direitos difusos, a coisa julgada forma-se *erga omnes*, e, nos direitos coletivos, *ultra partes*. Em ambas as modalidades, a coisa julgada produz efeitos *secundum eventum probationes*.

Postas estas premissas, tem-se que, caso a ação coletiva seja julgada improcedente, sem qualquer temperamento de seus efeitos, nem os indivíduos, por expressa exclusão legal, nem outro legitimado coletivo, em razão do óbice do impedimento negativo da coisa julgada, poderão rediscutir a questão novamente, tornando-se, assim, a decisão imutável. Não há no sistema brasileiro qualquer empecilho de formação da coisa julgada caso o legitimado não tenha agido com a

⁴⁹² “O raciocínio do legislador foi claro: como não há garantias no nosso sistema de que o autor seja efetivamente um representante adequado dos interesses em jogo no processo, a sentença nele prolatada somente poderá atingir a coletividade se o julgamento do mérito se deu com um alto grau de certeza”. (COSTA, Susana Henrique da. *O controle judicial da representatividade adequada...* cit., p. 968)

⁴⁹³ Segundo a lição de PEDRO DINAMARCO, o conceito de *due process of law* norte americano tem conotações diferenciadas da garantia no ordenamento jurídico brasileiro. Naquele país, o princípio exige que seja dada a notícia da existência do processo à defesa e ainda refere-se à oportunidade de ser ouvido. Este conceito no Brasil se relaciona à garantia do contraditório. (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública...* cit., p. 134)

idoneidade necessária para se tornar um representante adequado. Ressalvados os casos de insuficiência, em todos os demais, a *performance* do legitimado pode não ter sido razoável e ainda assim vinculará os membros ausentes⁴⁹⁴. Por estas razões, a exclusão do controle judicial de representatividade adequada torna-se inoportuna e o controle *ope legis*, insuficiente⁴⁹⁵.

A exigência legal de que o Ministério Público intervenha obrigatoriamente nas ações coletivas, atuando como fiscal da lei, não parece suficiente para resguardar as garantias processuais dos membros ausentes. Como bem pondera ANTÔNIO GIDI, de nada adianta o representante do Ministério Público constatar a inadequação do representante em uma ação coletiva concreta, se ele não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo coletivo sem julgamento do mérito. E ainda, no caso de ser o Ministério Público autor da ação, não haverá sequer fiscalização para a atuação do referido órgão, que, a despeito de ter presunção de competência, também pode figurar como representante inadequado nos casos específicos⁴⁹⁶.

Outro perigo do não exercício da aferição jurisdicional da representatividade adequada encontra-se na possibilidade de que, no caso concreto, os interesses sociais não sejam reproduzidos de forma fidedigna nos processos coletivos. O monopólio de determinados legitimados à propositura da ação civil pública pode representar verdadeira concentração de poder, incitando ao desinteresse destes entes legitimados pela opinião da sociedade civil, tornando, em consequência, o processo coletivo instrumento de imposição de poder de determinados grupos.

⁴⁹⁴ “Se a incompetência do representante – ou do seu advogado – limita-se à não-produção de material probatório suficiente, o problema é de menor gravidade porque a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, se houver a apresentação de nova prova em ação subsequente. O problema começa a ficar mais delicado, porém, se a incompetência do representante repercute na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo. É possível repropor a mesma ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação e fundamentação. Ademais, essa regra não se aplica às ações coletivas em tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Daí a importância prática do tema em nosso direito”. (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva...* cit., p. 130)

⁴⁹⁵ Neste sentido, AMÉRICO BEDÊ FREIRE JR.: “Efetivamente, entendo que é necessário um controle judicial da adequação dos legitimados para a ação coletiva com o intuito de impedir que o instrumento criado para beneficiar o acesso à justiça produza resultados práticos diametralmente opostos, e nesse caso deve-se frisar que a coisa julgada *secundum eventum litis* não alcança todas as hipóteses em que uma representação inadequada possa causar prejuízos aos ‘substituídos’, aos fins pelos quais foi concebido”. (FREIRE JR., Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: Legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005., p. 71-72).

⁴⁹⁶ GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras...* cit., p. 64.

Há, ainda, por parte da doutrina, uma grande preocupação com o desempenho das associações na postulação e condução das ações coletivas. Esta preocupação também foi compartilhada pelo legislador, que, visando a afastar fraudes, conluís⁴⁹⁷ e má atuação pelo desconhecimento do objeto da ação civil pública, impôs alguns requisitos que devem ser observados pelas associações para que estas possam atuar na defesa dos direitos coletivos, quais sejam, a constituição da associação por pelo menos um ano e que a defesa dos interesses e direitos coletivos estejam entre seus fins institucionais. A respeito do requisito do prazo mínimo, há previsão expressa sobre a possibilidade de que a pré-constituição da associação possa ser dispensada no caso concreto pelo julgador quando haja manifesto interesse social⁴⁹⁸.

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, a possibilidade de controle jurisdicional do requisito de pré-constituição da associação nada mais é do que a exteriorização da representatividade adequada⁴⁹⁹. Neste passo, alterando a sua posição anteriormente sustentada, conclui ADA PELLEGRINI GRINOVER que o sistema brasileiro não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz no caso concreto, tratando-se de dever-poder do magistrado quando da análise da legitimidade ativa do ente legitimado⁵⁰⁰.

No que se refere à exigência de que os interesses defendidos nas ações coletivas reproduzam os fins institucionais propostos pelas associações, este requisito também franqueia ao órgão julgador certa discricionariedade jurisdicional para a verificação do comprometimento ideológico dos entes legitimados com o objeto da ação

⁴⁹⁷ MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL cita a Ação Civil Pública n. 2004.34.00.043627-3, que teve curso perante a 16ª Vara Federal do Distrito Federal. A referida ação coletiva foi proposta pela Associação da Defesa da Harmonia Constitucional contra atos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Posteriormente, desvendou-se que a autora da ação era um simulacro de associação civil, e que foi constituída tão somente com o escopo de ajuizar ações civis públicas, não em benefício da sociedade, mas de seus diretores, que veiculavam pretensões temerárias, sem ônus de sucumbência. (PASCHOAL, Maximilian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 901-902)

⁴⁹⁸ Artigo 82, IV e parágrafo único, da Lei 8.078/90.

⁴⁹⁹ *Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas*, p. 214. Verifica-se, portanto, que GRINOVER compreende a representatividade adequada como elemento integrante da legitimidade *ad causam*. Ver no mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo...* cit., p.14.

⁵⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas...* cit., p. 224-225. Neste sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186-191.

coletiva, garantindo assim a familiaridade do legitimado com a matéria. Pode-se afirmar que esta exigência também retrata o controle da representatividade adequada do ente legitimado pelo magistrado, vez que concorre para a análise de seu regular desempenho.

Neste último caso, a jurisprudência ainda promoveu um alargamento das possibilidades de aferição do objeto *sub judice* com os fins institucionais, passando-a a condição *sine qua non* para a legitimidade dos demais entes. É o que o Supremo Tribunal Federal denominou de “pertinência temática”, exigindo-a não somente das associações, mas também de outros legitimados, como o Ministério Público⁵⁰¹. Agindo assim, a mais alta Corte do País entendeu que nenhum órgão ou ente legitimado tem legitimidade incondicionada de atuação nas ações coletivas, devendo demonstrar a imbricação entre a sua função social perante a sociedade e o objeto jurídico a ser veiculado pelas vias jurisdicionais⁵⁰².

O requisito da “pertinência temática” pode representar uma das facetas da representatividade adequada, mas seu espectro é mais reduzido do que esta última⁵⁰³.

Além da imprescindível aproximação dos entes legitimados com os elementos objetivos da ação, faz-se necessário perquirir sobre a idoneidade do legitimado na condução deste processo coletivo e, também, se a causa de pedir e o pedido não são atos de monopólio do ente legitimado, o que lhes retira a legitimidade de defender corretamente o direito de uma coletividade. Desvela-se, portanto, a insuficiência de concentrar o requisito de representatividade adequada somente aqueles requisitos inscritos no § 1º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

A fim de ilidir qualquer afronta à cláusula do devido processo legal, e de um de seus corolários, o contraditório, e de evitar a propositura de ações civis públicas

⁵⁰¹ A jurisprudência entendeu que a legitimidade do Ministério Público para a postulação de ação coletiva veiculando direitos individuais homogêneos somente é autorizada quando se infere do caso concreto o requisito da relevância social (Resp. 208.068/SC; Resp. 417.804/PR). Conforme entendimento de KAZUO WATANABE, a exigência é muito próxima da representatividade adequada. (WATANABE, Kazuo. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* cit., p. 806)

⁵⁰² ADI 1.282/SP; RE 196.184/AM; ADI 3.059/RS.

⁵⁰³ Na proposta de ANTÔNIO GIDI para a formação de um Código de Processo Civil Coletivo para os países de direito escrito há a previsão da análise da pertinência temática da associação e dos órgãos públicos (artigo 2.º, IV, 2.4), com a análise de seus fins institucionais e do objeto do processo coletivo, sem prejuízo do requisito da representatividade adequada (artigo 3º, III, 3.1), discriminando as qualidades necessárias do representante e do advogado do grupo, sob pena de substituição por outro representante ou a extinção do processo sem julgamento do mérito. (GIDI, Antônio. *Código de processo civil coletivo: um modelo para países do direito escrito*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 760-761)

embasadas em argumentos frágeis, que logo no início já indicam o seu insucesso, deve-se reconhecer a possibilidade do exame jurisdicional da representatividade adequada no sistema coletivo brasileiro⁵⁰⁴. Não há dúvidas, portanto, que a presença deste requisito terá consequência direta no resultado e no sucesso da demanda. E, justamente, pautado em sua importância, não haveria razoabilidade em aceitar, em abstrato, a presunção legal e absoluta quanto a esta capacidade⁵⁰⁵.

Nem mesmo o Ministério Público deve escapar de ter a sua representatividade adequada controlada no caso concreto⁵⁰⁶, malgrado a defesa de parte da doutrina insista que a função social desempenhada por este órgão o presume representante adequado de forma absoluta⁵⁰⁷. Esta é a importante análise de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

⁵⁰⁴ Na defesa da representatividade adequada, independente de lei expressa, a doutrina de ANTÔNIO GIDI: “Acontece que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional”. (GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras...* cit., p. 69)

⁵⁰⁵ CASSIO SCARPINELLA BUENO também compartilha do entendimento que a figura presumida do representante adequado pode ser posto em xeque sob o prisma constitucional do devido processo legal e do contraditório (artigo 5.º, LIV e LV, CF, respectivamente). E complementa: “Destarte, toda a vez que o juiz entender que aquele que se apresenta portador de uma pretensão coletiva (melhor: pretensão coletivamente deduzida) não tem condições para bem representar a classe ou a coletividade ou o grupo respectivo, não deverá escudar-se atrás da letra da lei para deferir seguidamente àquela ação coletiva”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras...* cit., 130)

⁵⁰⁶ . Pode-se ainda citar outro exemplo trazido por FLAVIA HELLMEISTER CLITO FORNACIARI: “Também é conveniente mencionar que, muitas vezes, o suposto interesse coletivo defendido pelo Ministério Público pode contrapor-se a outro interesse coletivo socialmente relevante, não se justificando a posição adotada pelo órgão ministerial favorável a um detrimento do outro. Situação exemplificativa disso é a atuação do órgão no Município de São Paulo, quando da proibição dos ônibus fretados no centro urbano. Neste caso, há diversos direitos coletivos em sentido lato envolvidos: o direito ao transporte de milhares de cidadãos, o direito à exploração do ramo de transportes por empresas de ônibus e o direito comum a todos de um meio ambiente urbano digno. Neste caso, há diversos direitos coletivos em sentido lato envolvidos: o direito ao transporte de milhares de cidadãos, o direito à exploração do ramo de transportes por empresas de ônibus e o direito comum a todos de um meio ambiente urbano digno. Esse último, por ser indisponível e de caráter relevante, permite a atuação do Ministério Público, mas é de se questionar que aspecto deveria defender o órgão, já que a própria sociedade não decidiu se o meio ambiente urbano ficaria melhor com o ônibus, restringindo a circulação de milhares de carros e oferecendo às pessoas meios coletivos de transporte, ou sem os ônibus, auxiliando na diminuição da poluição atmosférica; há verdadeiro conflito de interesses sociais relativamente a este ponto. Assim, sem se pretender trazer uma solução para o caso, qualquer posição defendida pelo ente ministerial poderia ser questionada, haja vista que nenhuma delas seria efetivamente representativa da sociedade, mas somente da pessoa física investida no cargo, de forma que talvez o órgão devesse restar distante da questão, que pode muito bem ser resolvida entre os sindicatos e associações representantes das categorias”. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Op. cit., p. 80)

⁵⁰⁷ Para ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, a representatividade adequada do Ministério Público deve ser presumida de forma absoluta. MIRRA, Álvaro Luis Valery. A ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005., p. 46)

“E mesmo a atuação do Ministério Público tem aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *Parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido”⁵⁰⁸.

Hodiernamente, o processo civil tende-se a afastar das presunções absolutas e outorgar poderes ao órgão julgador, para que, diante do caso concreto, possa decidir consoante aos elementos fáticos da demanda. Trata-se de tendência do Direito moderno, fruto das técnicas legislativa e constitucional, permeada por conceitos e princípios fluidos, que exigem interpretação e integração da norma pelo magistrado⁵⁰⁹. Franquear poderes ao magistrado, legitimando-o à função de aferir se o legitimado atua adequadamente é perfilhar coerentemente pelos trilhos da evolução da ciência jurídica⁵¹⁰, a qual também apresenta, do outro lado da balança, o dever de motivação e o controle social das decisões judiciais, evitando decisões arbitrárias e contrárias à expansão das ações coletivas⁵¹¹. Esta é a importante conclusão de ANTÔNIO GIDI, após o estudo comparado das *class actions* e do sistema processual coletivo brasileiro:

⁵⁰⁸ ADA PELEGRINI GRINOVER cita como exemplo o pedido de reserva da cota de 50% das vagas do exame de acesso à universidade aos egressos do ensino público nas vésperas do vestibular, causando intranquilidade. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. O processo: estudos & pareceres*, São Paulo: Perfil, 2005. p. 213)

⁵⁰⁹ “O princípio da legalidade, no início, era aplicado ao juiz de modo a significar o dever de obediência incondicional à lei, exceto em casos de inconstitucionalidade patente. Atualmente, contudo, o mesmo princípio é aplicado ao magistrado, todavia entendido como princípio da legalidade substancial: a norma legal aplicável deve ser interpretada de acordo com o disposto na Constituição, com seus princípios e os direitos fundamentais que ela assegura. Assim, diferentemente do magistrado do passado, adstrito ao princípio da legalidade formal, e quase destituído do poder, o juiz atual pauta a limitação de seus poderes na legalidade substancial, a fim de promover a efetiva justiça com o provimento jurisdicional”. (PASCHOAL, Maximilian Fierro *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira...* cit., p. 164)

⁵¹⁰ “Ora, defender que, para ser legitimado a figurar como ator ativo na demanda, necessite o autor coletivo, apenas, figurar no rol de legitimados de regras infra-constitucionais, sem adequar tais normas à interpretação constitucional que se mostra imperativa no caso em estudo, é atestar a prevalência de uma racionalidade abstrata, desvinculada do compromisso materialmente efetivador dos direitos fundamentais dos direitos fundamentais e da interpretação plural, alicerce do Estado Democrático de Direito”. (OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; MELO, Pedro J. Costa; FERREIRA, Rafael Silva. *A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais*. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 148)

⁵¹¹ Neste sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO: “Este espírito tem dominado o legislador brasileiro. Com base na experiência jurídica fornecida por recentes diplomas legislativos brasileiros, verifica-se, de modo otimista, o incremento dos deveres do juiz na condução do processo e da efetividade das decisões judiciais. (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras...* cit., p. 144)

“Es un miedo en general que los jueces de derecho civil no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso. Aunque es difícil de hacerlo, el controle de la adecuación de la representación de los derechos de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial. El papel desempeñado por los jueces de derecho civil puede diferir substancialmente del desarrollado por los jueces del common law. Sin embargo, esto no significa necesariamente que los jueces de derecho civil sean incapaces de ejercer algún controle sobre la representación adecuada, especialmente si están apoyados por otros medios”⁵¹².

Neste contexto, outorgar ao órgão julgador o controle da representatividade adequada significa, assim como no modelo das *class actions*, resguardar as garantias processuais constitucionais, entre elas, a cláusula do devido processo legal, da qual decorrem todos os demais princípios e garantias de nosso sistema processual.

Pode-se afirmar que a importância deste requisito deve ser reconhecida até mesmo extraprocessualmente. FLAVIA HELLMEISTER CLITO FORNACIARI defende que o referido instituto deve ser analisado em relação à relação jurídica material, o que lhe dá sobrevida, ainda que extraído da relação jurídica processual. Melhor explicando, a representatividade adequada torna-se “qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos no âmbito social, administrativo ou judicial”⁵¹³.

Esta visão de desprendimento da representatividade adequada da relação processual é importante para destacar que as qualidades do representante, e, principalmente, a sua fidelidade aos interesses dos representados, deve-se dar não apenas em juízo, mas também perante as demais instâncias de reivindicações de direito sociais, mormente quando as formas de resguardo destes direitos são objeto de transação⁵¹⁴, como ocorre com os termos de ajustamento de conduta⁵¹⁵.

⁵¹² GIDI, Antônio. Las acciones colectivas em Estados Unidos... cit., p. 79.

⁵¹³ FORNACIARI, Flavia Hellmeister Clito. *A representatividade adequada nos processos coletivos*, p. 50.

⁵¹⁴ Pode-se defender que os órgãos públicos devem se revestir desta qualidade inerente ao representante adequado para firmarem os termos de ajustamento de conduta, sob pena de nulidade dos termos de transação. É o que parece depreender da lição de FLAVIA HELLMEISTER CLITO FORNACIARI: “Obviamente, antes de uma perquirição administrativa ou judicial dos direitos passíveis de tutela, a adequação do representante permanece velada, pois seus atos não terão, a princípio, efeito vinculante aos “representados”. Todavia, a partir do momento em que o representante busca, nas esferas administrativa e judicial, impedir a violação dos direitos, reparar uma afronta já ocorrente ou defender o grupo em face de eventuais direitos antagônicos de outras pessoas ou grupos, sua atuação deverá ser fiscalizada, para evitar

Com base neste raciocínio, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América⁵¹⁶ contempla a legitimidade de qualquer pessoa física para o ajuizamento dos processos coletivos⁵¹⁷, e, em contrapartida, prevê a observância do requisito da representatividade adequada *ope judicis*⁵¹⁸.

A mesma tendência foi seguida pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁵¹⁹, resultado dos trabalhos do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, coordenada pela professora Ada Pellegrini Grinover, e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, prevendo, portanto, a legitimidade individual da pessoa física, salvo para o mandado de segurança coletivo⁵²⁰, desde que reconhecida a representatividade adequada.

Por estas linhas perfilhou o Anteprojeto elaborado pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ) e pela Universidade Estácio de Sá, sob a coordenação de Aluísio Mendes, o qual disciplinou a ampla legitimidade às pessoas físicas aos processos

que seus atos prejudiquem os diretamente interessados”. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Op. cit., p. 51)

⁵¹⁵ Artigo 5.º, § 6.º da Lei 7347/85.

⁵¹⁶ Disponível em: <<http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2012.

⁵¹⁷ Artigo 3.º, I: “São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I. o cidadão, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato”.

⁵¹⁸ Artigo 2.º: São Requisitos da ação coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado; II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características de lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. (...) Par. 2º: Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

⁵¹⁹ O artigo 20, I, prevê a legitimidade das pessoas físicas para o ajuizamento das ações coletivas, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, declinando-se na alínea a, b e c requisitos exemplificativos para a análise deste requisito. Em texto sobre o referido Código, os dizeres de ADA PELLEGRINI GRINOVER: “A grande novidade consiste na exigência do requisito da “representatividade adequada” que, na prática, se mostrou útil para as ações civis públicas em geral, necessária para ampliar a legitimação ativa e indispensável para a admissibilidade de ações coletivas passivas, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual com o réu (Capítulo III). Como dito, a legitimação ativa à ação civil pública é ampliada, abrangendo a pessoa física, o que é recomendável, desde que adotado o temperamento da aferição do requisito da representatividade adequada”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos...* cit., 724)

⁵²⁰ Neste caso, a legitimidade ficou restrita ao Ministério Público, à Defensoria Pública, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à entidade sindical, entidade de classe ou associação (artigo 42).

coletivos, inclusive para o mandado de segurança coletivo, sem descurar da análise *ope judicis* da representatividade adequada⁵²¹.

A proposta de Antônio Gidi à instituição de um Código de Processo Civil Coletivo não contemplou a legitimação individual, mas incluiu expressamente não apenas o controle da representatividade adequada do legitimado coletivo, como também do advogado do grupo⁵²².

Por fim, o Projeto de Lei 5.139/2009 (Substitutivo de 15.09.2009 apresentado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia), elaborado no âmbito do Ministério da Justiça, seguiu orientação diversa, mantendo-se a proibição da legitimidade das pessoas físicas ao ajuizamento das ações coletivas, assim como silenciou a respeito da possibilidade de aferição ampla da representatividade adequada pelo órgão julgador, mantendo apenas a possibilidade de análise da restrita pertinência temática⁵²³.

4.1.3 Representatividade adequada como instrumento de participação social na elaboração dos elementos objetivos da demanda coletiva

Consoante às linhas anteriormente escritas, a técnica do moderno processo civil coletivo deve proporcionar mecanismos para a abertura de participação dos membros ausentes, os quais serão atingidos pela decisão judicial, para que a eles seja dada oportunidade de concorrer para a conformação da demanda e com o resultado do provimento jurisdicional final. Para colimar a este desiderato, espera-se uma atuação decisiva e participativa por parte do órgão julgador, o qual tem o dever de concorrer para tornar efetivos estes mecanismos de participação da coletividade.

Escolhidos os entes legitimados à propositura e condução da ação civil pública por opção legislativa, pode-se anotar que o sistema brasileiro utilizou-se do modelo misto, conforme mencionado, com o escopo de evitar a concentração de poder somente

⁵²¹ A legitimidade individual e de outros entes e órgãos públicos encontra-se prevista no artigo 9.º e a exigência da representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva estão no artigo 8.º, I e II, respectivamente.

⁵²² Os legitimados têm previsão no artigo 2.º e a representatividade adequada está prevista no artigo 3.º, II.

⁵²³ A proposta legislativa exige que as associações estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, bem como que os interesses defendidos estejam inseridos em seus fins institucionais (artigo 6º, VII). A ressalva é que o juiz pode dispensar este pré-requisito de um ano quando haja manifesto interesse social (artigo 6.º, VII, §1º).

nos órgãos públicos, estendendo-o também à sociedade civil organizada. A legitimidade de cada um deles tem sua pertinência justificada, pois representam importantes defensores dos interesses da sociedade.

Mesmo considerando a estratégica posição que estes entes e órgãos ocupam, a presunção de que os legitimados coletivos atuam sempre como verdadeiros representantes de uma coletividade ausente deve ser analisada com ponderações e ressalvas, pois, a opção pela presunção absoluta da representatividade adequada pode esconder riscos aptos a representar verdadeiro óbice para o exercício democrático dos direitos transindividuais, e, portanto, necessita ser repensada à luz dos valores democráticos.

Isso porque não é possível afirmar que, no caso concreto, os interesses sociais serão adequadamente veiculados ou, ainda, que estarão, de maneira absoluta, reproduzidos de forma fidedigna por intermédio da ação coletiva. Como outrora apontado, o legitimado coletivo pode se utilizar da ação civil pública para externar a sua opção jurídico-política, sem atentar para a integração dos anseios sociais à interpretação constitucional. Neste caso, não se pode afirmar que o legitimado está atuando na função de legítimo representante da sociedade, o que torna incoerente a sistemática do modelo processual coletivo, que tem em sua base o sistema representativo⁵²⁴.

Legitimação corresponde à atribuição de poder e, deste poder decorre uma posição de dominação, como bem explicitado por DONALDO ARMELIN⁵²⁵, parafraseando Max Weber. O autor ainda acrescenta que, em um Estado Democrático de Direito, o poder único deve resultar da vontade popular e se distribui por meio das normas jurídicas⁵²⁶.

⁵²⁴ Consoante à doutrina de ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, as ações coletivas são verdadeiros instrumentos de participação popular na proteção dos direitos e interesses difusos. Ainda segundo o autor, a participação direta se dá nas hipóteses em que a legitimidade ativa é conferida ao cidadão, e, a participação semidireta ocorre quando a legitimidade ativa é conferida aos grupos ou instituições sociais, como Ministério Público, Defensoria Pública, associações, sindicatos, ou seja, instituições e organismos que se encontram em posição intermediária entre o povo e os representantes eleitos. (MIRRA, Álvaro Luis Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: Do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 115-117)

⁵²⁵ ARMELIN, Donald. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 113.

⁵²⁶ Idem, p. 113-114.

O instituto da legitimidade nas ações coletivas deve partir destas premissas gerais referentes a este tema e ainda deve considerar que o sistema coletivo apoia-se na ideia de representação popular. Este instituto não nos remete ao sentido técnico jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro⁵²⁷, mas deve ser compreendido no sentido de “porta voz” da defesa dos interesses de um grupo⁵²⁸. Sendo assim, a representação, neste caso, se pauta nos valores da relação de confiança, controle, prestação de contas entre representantes e representados.

A função do representante não está em externar e defender as suas opiniões e interesses individuais, mas de efetivamente representar a coletividade, garantindo eficientemente a defesa de interesses coletivos e difusos em juízo. Para isso, será necessário o desenvolvimento de técnicas que possibilitem que o representante se informe sobre a opinião dos representados e leve ao coletivo as informações sobre as discussões das quais participa⁵²⁹, consolidando uma relação de diálogo prévio, inerente ao instituto da representação.

Deste modo, é forçoso reconhecer que a outorga de legitimidade aos entes e órgãos públicos na representação de ações coletivas não representa a atribuição de poder para que o exerçam de forma incondicionada, com submissão da população às suas deliberações pessoais e isoladas. Ao contrário, o sistema é de representação da vontade popular, informada pela eticidade inerente às normas constitucionais. Com efeito, os preceitos processuais devem ser permeados pelos vetores democráticos de representação, o que força à necessária integração da pluralidade ínsita à discussão social ao conteúdo da legitimidade coletiva.

O rigor da exigência desta aproximação entre o representante e o representado quando está em discussão os direitos coletivos ocorre principalmente quando o objeto veiculado corresponde ao controle jurisdicional de políticas públicas. Nesta hipótese, envolvem-se as problemáticas questões de natureza jurídico-políticas, as quais, pela importância no seio da sociedade e pela dispersão de seus efeitos, necessariamente

⁵²⁷ GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras...* cit., p. 61.

⁵²⁸ FORNACIARI, Flavia Hellmeister Clito. Op. cit., p. 48.

⁵²⁹ HOUTZAGER, Peter; SERAFIM, Lizandra; DOWBOR, Monika. *Enfrentando os desafios da representação em espaços participativos*. São Paulo: CEBRAP: IDS, 2008. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/v1/upload/pdf/enfrentando%20os%20desafios%20da%20representacao.pdf>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013. p. 16-17.

devem se submeter à discussão prévia e plural com a parcela da sociedade civil que será atingida pela decisão coletiva.

Em termos práticos, o que se pretende defender é que a representatividade nas ações coletivas, seja na fase pré-processual, quando então se discute as bases para a conformação da demanda, seja durante todo o trâmite do processo, não se distancie do debate com a coletividade, para que o legitimado coletivo possa apreender os anseios sociais e tornar-se um verdadeiro representante dos interesses da sociedade.

A proposta, portanto, é que o requisito da representatividade adequada, exercido *ope judicis*, seja utilizado como um instrumento idôneo a controlar a relação de representação dos legitimados coletivos, verificando-se se, no caso concreto, ela é exercida nos moldes democráticos e verdadeiramente representativos.

A despeito deste requisito abranger também a qualidade técnica do legitimado coletivo e de seu advogado, assim como ocorre nas *class actions*, a análise deste trabalho tem o enfoque específico na atuação política exercida pelo legitimado coletivo.

No entendimento de ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, “representação adequada” não se confunde com “representatividade adequada”. O primeiro requisito corresponde ao conceito de *adequacy of representation* das *class actions* e é delineado pelo autor como análise da eficiência da atuação do representante e de seu advogado na defesa dos interesses do grupo ou da classe representada, em processo já instaurado. Segundo o autor, este requisito deve ser analisado *in concreto* pelo órgão julgador, aferindo-se sempre o seu real desempenho da parte e de seu advogado. E, esclarece: “Não se trata, assim, de fenômeno relacionado à definição do sujeito legitimado para agir em juízo, mas concernente à avaliação do desempenho deste na demanda coletiva proposta”⁵³⁰.

Destarte, “representatividade adequada” é compreendida por ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA como faceta da representatividade política franqueada a determinados entes intermediários⁵³¹, verificando-se se eles atuam como porta-vozes dos interesses da

⁵³⁰ MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente...* cit., p. 214.

⁵³¹ Na visão do autor, entes intermediários abrangem não apenas entidades e organismos não estatais, como também órgãos e instituições estatais independentes, cuja finalidade institucional seja a defesa de direitos e interesses de toda a coletividade. Estes atuam como verdadeiros representantes dos membros da coletividade e não em nome próprio. Em assim sendo, necessário se faz a aferição da representatividade adequada, ou seja, a análise da representação política e funcional destes entes.

sociedade⁵³². Esta representatividade política se desdobra em representatividade funcional, por estar vinculada ao cumprimento do objetivo institucional de proteção de direito coletivo, e ainda representatividade sociológica, pois representa um verdadeiro espelho dos anseios da sociedade. Sendo assim compreendida, a “representatividade adequada” faz-se elemento integrante da legitimação para agir nas ações coletivas, e, o ordenamento jurídico pátrio, por adotar o sistema legal⁵³³, fixa, em caráter taxativo, os requisitos exigidos para que seja reconhecida a sua representatividade. Por esta razão, representatividade adequada somente pode ser analisada em abstrato.⁵³⁴

Diversamente da posição acima descrita, não se compreende um conceito fragmentado de representação e representatividade adequada, pois há uma inerente imbricação entre os dois institutos acima descritos, com reflexos recíprocos, que infirmam a autonomia de cada um deles.

Defende-se neste trabalho que a ausência de representatividade política pode ensejar a má condução do processo coletivo pelo legitimado, ou seja, a um desempenho inadequado na tutela dos interesses da coletividade. Portanto, a despeito, *in abstrato*, do ordenamento jurídico ter elegido órgãos públicos e entes intermediários que, *a priori*, encontram-se em uma posição funcional e sociológica adequada para a real defesa dos interesses sociais, é possível que, no caso concreto, o desempenho seja inadequado, seja em razão do desconhecimento do legitimado dos fatos que permeiam a ação, seja por não estarem adequadamente reproduzidos os reais anseios da sociedade, agindo com

⁵³² O autor defende ainda que a legitimação do indivíduo para atuar na defesa do meio ambiente não se enquadra no contexto de “representação”, mas trata-se de exercício de direito próprio, ou seja, expressão originária de poder, corolário do direito fundamental de todos a proteção do meio ambiente (artigo 225, *caput*, CF) e, no plano processual, resultado da garantia ao acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF). Se não há relação de representação política, ÁLVARO LUIS VALERY MIRRA assevera que não se pode indagar sobre a representatividade adequada do indivíduo legitimado para agir em juízo na defesa do meio ambiente, o que, por outro lado, não exclui a aferição da “representação adequada”, ou seja, o controle de seu desempenho, evitando-se que o autor atue de modo inidôneo, desonesto, relapso ou incompetente, haja vista que ele exerce a defesa de direitos difusos, que, em razão da indivisibilidade, estenderá seus efeitos para os demais indivíduos, os quais também seriam co-legitimados à ação. (MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente...* cit, p. 227-228)

⁵³³ Na lição de ÁLVARO LUIS VALERY MIRRA, há três sistemas de aferição de representatividade adequada: i) o sistema administrativo, que a análise do requisito fica a cargo de órgão ou agente da Administração Pública; ii) o sistema legal, a lei ou a Constituição determina taxativamente os requisitos que devem ser satisfeitos pelo legitimado ativo para ter a representatividade reconhecida; iii) no sistema judicial, atribui-se ao juiz, no caso concreto, a apuração da representatividade adequada do legitimado ativo. Segundo ele, o sistema brasileiro adota o sistema legal das associações civis, quais sejam, a constituição nos termos da lei civil; estar a associação constituída há pelo menos um ano e o interesse resguardado no processo coletivos deve constar de seus fins institucionais. (MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente...* cit., p. 216 e 277-278)

⁵³⁴ Idem, p. 215-216.

arbitrariedade na postulação do pedido. Neste último caso, a falta de representação política conduz a uma defesa inadequada, da mesma forma como a falta de apuro técnico do representante, ambos com reflexos na seara da legitimação de agir⁵³⁵.

Deve-se ressaltar que esta representatividade do legitimado coletivo não corresponde sua submissão à vontade da maioria, caso contrário, correria-se o risco de incidir nos mesmos vícios dos demais Poderes. A judicialização da política passa pelo espectro constitucional, que transcende o conteúdo democrático baseado na regra da maioria, de modo a abranger e proteger valores éticos que consubstanciam uma sociedade solidária, o que muitas vezes passa pela proteção dos direitos das minorias que não tiveram voz perante os demais canais de representação política. Assim, o que se está a defender é que o ato de interpretar e identificar, no caso concreto, o real significado dos preceitos constitucionais e legais para reproduzi-los em um processo, como forma de confrontá-los à atuação política dos demais Poderes, concluindo-se, posteriormente, pelo desvio do interesse público, não pode representar uma atividade isolada, decorrente das convicções pessoais do legitimado coletivo. Em momento algum deve se perder de vista que o legitimado é apenas um representante, por meio do qual são expressos o poder e a vontade que advém do povo⁵³⁶.

A escolha legislativa por determinados organismos e instituições públicas, para que estes externem as discordâncias com as opções políticas tomadas por intermédio da democracia representativa, consubstanciados em técnicas de legitimidade

⁵³⁵ Na visão de MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL a representatividade adequada enquadra-se no conceito de condição de ação: “A aferição da representatividade adequada do legitimado para a ação de tutela de interesses e direitos metaindividuais realmente parece ser “indissociável” da questão da legitimidade, sendo parte absolutamente necessária e fundamental da própria condição da ação”. Justifica o autor não tratar-se de pressupostos processuais, pois estes dizem respeito a regras e requisitos de controle do processo em si, portanto, de caráter formal. Conclui Paschoal não ser a representatividade adequada um requisito de caráter formal, mas, ao contrário, encontra-se associada à relação de direito material. Nas palavras do autor, “aferir a representatividade adequada é aferir a própria legitimidade, com base no próprio direito material”. (PASCHOAL, Maximilian Fierro. *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira...* cit., p. 113-114)

⁵³⁶ “*Cuántas más certezas encontremos sobre la capacidad del representante para hablar por aquellos que no intervienen directamente en el proceso, mayor será la legitimidad constitucional de la sentencia dictada. Esa legitimidad estará dada no solo por la violación del derecho individual al debido proceso de aquel que podrían haber actuado por si mismo en defensa del derecho constitucional pretendidamente violado, sin además por incorporar al debate un grado de participación social congruente con la naturaleza de los derechos debatidos. Se trata de procesos complejos en los cuales la justicia debe pronunciarse luego de escuchar las distintas posiciones de todas las partes afectadas*”. (VERBIC, Francisco; OTEIZA, Eduardo. *La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos*. Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “harabi”? In: <http://www.franciscoverbic.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=97&lang=pt> Acesso em: 03 de janeiro de 2013. p. 02)

extraordinária, não pode significar o rompimento político-ideológico com o dissenso ínsito às iniciativas judiciais⁵³⁷. Em resposta à técnica da legitimidade extraordinária, em que o substituto tem legitimidade para falar por toda uma coletividade, deve haver a previsão de mecanismos que incitem a participação popular, ao menos a corroborar para o delineamento da demanda.

Repisa-se que os legitimados não estão vinculados à opinião da maioria exposta na audiência pública e nas consultas públicas, sendo-lhe, portanto, autorizado a inclinar-se a defender a posição de uma minoria, após a detida análise dos fatos e do direito que revestem o objeto debatido. De qualquer forma, os deveres de informação, motivação, prestação de contas, entre outros, do representante perante os representados se mantêm.

A aproximação entre o representante e os representados deve iniciar-se em um momento pré-processual, ou seja, de maneira preliminar à propositura da ação coletiva. Deste modo, o representante deve desenvolver um estreito diálogo com a população, o que pode ser feito por intermédio das audiências públicas e das consultas públicas, mantendo-a sempre informada sobre a conclusão dos debates e sobre quais condutas que irá adotar⁵³⁸.

A pertinência da propositura da ação e, em caso positivo, a conformação de seus elementos objetivos, causa de pedir e pedido, devem ser alvo de intenso debate entre o legitimado processual e a coletividade. É neste momento que, não somente

⁵³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador, 2009. p. 29-30.

⁵³⁸ Estas afirmações encontram respaldo também na opinião de EDUARDO APPIO: “Desse modo, a formulação de uma nova política pública no bojo de um processo judicial somente pode ser aceita caso o autor coletivo comprove ter sido garantida a participação de todos os envolvidos na formulação da proposta. (...) Na hipótese em que o pedido formulado pelo autor coletivo consista na obtenção de um provimento judicial que substitua o processo de decisão política, o juiz deve investigar se a solução buscada perante o Poder Judiciário não fere o princípio democrático. (...) Trata-se, em verdade, de garantir o regular desenvolvimento do processo político e a participação efetiva dos interessados, o que somente pode ser aferido a partir das informações contidas na inicial. O sistema brasileiro de representação legal não assegura a efetiva participação de todos os interessados, já que se baseia em verdadeira ficção jurídica. Sustento, portanto, que as ações coletivas podem consistir em um importante espaço de ampliação de debate democrático, desde que o autor coletivo vá buscar na própria sociedade as respostas para os problemas sociais e econômicos do país”. Concluo lembrando da importância de que audiências públicas sejam promovidas pelo autor coletivo como um instância prévia ao debate judicial, de forma a definir com maior grau de proximidade uma orientação compatível com os interesses da comunidade de atingidos pela medida”. (*Amicus curiae e audiência pública no processo civil brasileiro: propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil*. Publicado em: 19 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2012.)

ocorre a pluralização do diálogo com a sociedade, necessária a dirimir questões de natureza jurídico-políticas, como também se proporciona a melhor compreensão pelo ente ou órgão público a respeito das questões fáticas que envolvem a controvérsia. Noutros termos, a estreita aproximação do legitimado coletivo com os representados antes da propositura da ação encontra fundamento também na oportunidade de melhor colheita de informações perante a comunidade que sofrerá os efeitos do controle da política pública pretendida.

Este último objetivo da investigação e diálogo prévio do legitimado é fundamental no sistema brasileiro, pois, diferente das *class actions*, não se exige que o autor tenha sofrido diretamente a lesão e que, portanto, tenha interesse próprio e individual na causa, a denominada *standing* do sistema norte-americano⁵³⁹. De acordo com o sistema pátrio, os agentes que compõem os órgãos públicos e os indivíduos que integram os corpos intermediários não necessariamente incluem-se no grupo ou na coletividade que tem violado o seu direito, estando autorizados a imiscuírem-se em questões diversas, obedecendo apenas a “pertinência temática”, conforme antes exposto.

Este distanciamento dos elementos fáticos pode conduzir a situações distorcidas da realidade social e também do interesse social que permeia a controvérsia coletiva. Corroborando com esta crítica, as pertinentes palavras de ANTÔNIO DE PASSOS CABRAL sobre o sistema legal de legitimação coletiva:

“No entanto, se em algumas hipóteses o esquema atual tem justificação social nobre, por outro lado traz dificuldades em certos pontos, tanto no que tange à substituição processual como à vinculação de terceiros ao resultado da demanda coletiva. As razões que identificamos para o problema são: a) o distanciamento que existe, muitas vezes, entre o legitimado extraordinário e os fatos a serem expostos; b) o estabelecimento de sistemas automaticamente inclusivos dos membros ausentes da classe (*absent class members*) aos

⁵³⁹ *Standing* no direito norte-americano aproxima-se do conceito de legitimidade. Assim, os tribunais norte-americanos exigem, para a conclusão da legitimidade do autor da ação coletiva, que este esteja na mesma posição caso fosse parte em uma ação individual. Em outras palavras, para ser autor em ação individual ou coletiva o sistema americano exige que a parte tenha uma relação real, atual e adversária com a parte contrária (MULLEXNIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law...* cit., p. 280). Na mesma linha: “Assim, em relação ao membro da classe sobre o qual recairá a condição de adequado representante, deve o magistrado pesquisar se ele persegue em juízo, além do direito da classe, um direito seu, e até mesmo se “esse seu direito” representa importante parcela do todo. Enfim, ao contrário do nosso sistema, e até com certo enfoque individual e exclusivista, de que o representante adequado deve estar defendendo antes de tudo um direito seu, o sistema norte-americano espera que o representante adequado persiga o seu próprio direito, e, a partir daí, sinta-se estimulado para lutar pelo direito dos demais membros da classe”. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 33)

efeitos do julgamento que desconsidera dissidências e especificidades dentro da coletividade substituída”⁵⁴⁰.

Por não pertencerem à classe e não terem sofrido o dano, os entes legitimados devem aproximar-se do grupo a que pertence este direito para que possam compreender os fatos e as razões jurídicas que justificam a propositura da ação coletiva⁵⁴¹.

No caso dos direitos difusos, mesmo a dispersão dos interesses não retira o dever dos entes legitimados, enquanto representantes adequados, de discutir com a sociedade, por intermédio de audiências públicas⁵⁴², antes da propositura da ação, servindo este estreito diálogo como parâmetro para delimitar os elementos objetos da lide. Trata-se, nas palavras de ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI, de autêntica técnica extraprocessual de informação desse legitimado⁵⁴³.

Deste modo, tem-se que o incentivo de participação social na elaboração da demanda é dever dos autores das ações coletivas. São eles que, preliminarmente à propositura da ação, devem se aproximar da sociedade civil e despertar o interesse desta coletividade em participar de um diálogo plural e aberto, franqueando a possibilidade de concorrerem para a delimitação da causa de pedir e do pedido, servindo-se, por fim, de verdadeiros porta-vozes dos direitos coletivos.

O controle do cumprimento deste dever se faz *a posteriori*, por intermédio do requisito da representatividade adequada. O magistrado, ao receber a petição inicial e,

⁵⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 63-64

⁵⁴¹ Na defesa de SUSANA HENRIQUE DA COSTA pelo sistema *ope judicis* da representatividade adequada: “é salutar a existência de um controle específico e voltado às circunstâncias do caso concreto. Caso contrário, seria permitida a defesa de determinado interesse de massa por autor legalmente legitimado, porém totalmente dissociado e alheio ao objeto do processo”. (COSTA, Susana Henrique da. *O controle jurisdicional da representatividade adequada...* cit., p. 973).

⁵⁴² A previsão de audiências públicas pelo Ministério Público já se encontra regulamentada em sua Lei Orgânica Nacional (artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/93). Nas palavras de HUGO NIGRO MAZZILLI: “Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembléia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas para haurir com mais legitimidade o fundamento e alternativas para a sua ação institucional”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 348). A Defensoria Pública também tem, em sua função institucional, a convocação de audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais, consoante ao artigo 4º da Lei 80/94, recentemente alterada pela Lei 132/2009.

⁵⁴³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010. p. 328. Sugere ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI que, ao final dos debates, o legitimado coletivo que convocou a audiência pública exponha o posicionamento que se formou, fixe tempo para comunicá-lo ou indique as diligências que pretende adotar a partir da audiência e antes de alguma conclusão. (Op. cit., p. 332)

durante o curso da demanda, deve analisar se, no caso concreto, o autor, de fato, se fez legítimo representante dos interesses da sociedade, preocupando-se em se aproximar da coletividade e oportunizar o debate franco e aberto. Caso se verifique que o autor não reúne as condições necessárias para o cumprimento deste requisito, sua ausência não deve ensejar a extinção do processo sem julgamento do mérito, deve-se nomear outro legitimado a sucedê-lo⁵⁴⁴.

Por esta razão, o momento da estabilização objetiva da demanda, como ora abordado, não pode se submeter ao sistema de preclusão rígido do processo individual, diante da possibilidade de se concluir pela errônea narração da causa de pedir ou da equívoca conformação do pedido, devendo-se permitir uma maior flexibilização do procedimento.

As associações, a despeito de emergirem do seio da própria sociedade, também não escapam deste controle jurisdicional da representatividade adequada. Para além da possibilidade de má condução do processo e também da ocorrência de fraudes e conluíus, estes entes podem, em determinadas circunstâncias, não reproduzirem, por meio do processo judicial, os reais anseios sociais.

Não há dúvidas acerca da imprescindibilidade do incentivo da participação das associações no controle jurisdicional das políticas públicas. Após uma ampla pesquisa sobre a participação da população por meio das associações, LEONARDO AVRITZER concluiu:

“a participação em associações civis ajuda os participantes a entrar em contato com a democracia, a praticá-la em um micro-universo, a aprender sobre como entrar em contato com o Estado, e, nesse processo, entender sobre como melhor defender os seus interesses”⁵⁴⁵.

Mas não se pode negar que há um importante risco das atuações advindas das associações travestirem-se sempre de uma situação legitimadora, sob a justificativa de que suas ações são frutos dos anseios da sociedade civil organizada. A prática, no entanto, pode desvelar a fragilidade desta presunção, se compreendida como absoluta.

⁵⁴⁴ Este sistema consta nos Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

⁵⁴⁵ GUIMARÃES, Juarez. As culturas brasileiras da participação democrática. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 30.

Isso porque o Brasil é considerado um País de baixa propensão associativa, em virtude dos processos históricos de dominação e verticalização do Estado e da sociabilidade política⁵⁴⁶. E, mesmo os cidadãos que são associados, nem sempre participam ativamente da busca dos fins institucionais almejados pela associação e, muitas vezes, titularizam um inexpressivo grau de pertencimento àquele grupo.

Por estas e outras razões, é possível que o agir de uma associação não seja plural e não expresse os interesses da sociedade. O poder de defender direitos indivisíveis em juízo pode não ser exercido, no caso concreto, com a legitimidade democrática necessária, diante do esvaziamento participativo de sua composição e do esvaziamento democrático também no exercício de suas funções.

Em outros termos, as associações podem não ser representantes adequados da sociedade, malgrado todo o reconhecimento e prestígio que merecem diante de sua posição social e política. Portanto, a estes organismos também deve ser oposto o requisito da representatividade adequada, que não deve ser analisado como um obstáculo ao acesso à justiça, mas um mecanismo de aprimoramento do sistema de ações coletivas.

Somente no caso concreto é que se pode aferir se o requisito de representatividade adequada foi realmente observado. Não se faz possível presumir de forma absoluta que o legitimado escolhido pelo ordenamento irá cumprir com a sua função e tornar-se um verdadeiro representante, incumbindo-se de desempenhar todos os deveres inerentes ao exercício da representatividade adequada. Sem controle no caso concreto, este compromisso pode ser facilmente violado.

Esta é a importante conclusão de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

“O juiz deve ter, ainda, participação ativa na averiguação de se tratar a hipótese fática trazida à sua presença um daqueles casos previstos – de forma infeliz – pelo nosso legislador para justificar a propositura da ação coletiva. Deverá exigir seja descrita a coletividade, deverá, se entender necessário, convocar e ouvir membros da coletividade, deverá verificar, ainda, quais os interesses que prevalecem no interior destas mesmas coletividades. Realizada esta tarefa, estarão superados muitos dos óbices que poderiam ser postos para a solução brasileira da coisa julgada”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Idem, p. 11.

⁵⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras... cit., 145.

É certo que o magistrado terá o dever de motivar a sua decisão no caso de vislumbrar a ausência de representatividade adequada, seguindo-se o mandamento constitucional direcionado a todas as decisões judiciais (artigo 93, IX, da CF)⁵⁴⁸.

Destarte, o órgão julgador tem o dever de apontar as razões pelas quais o legitimado não cumpre o seu papel de adequado representante. Mas não é só. Ele tem ainda o dever de concorrer para sanar as irregularidades e, por fim, verificando a impossibilidade de o legitimado manter-se no pólo ativo, determinar a sua substituição por outro legitimado. Certamente, o caminho mais fácil da extinção sem julgamento do mérito por ilegitimidade da parte diante da ausência da representatividade adequada não se coaduna com os princípios atuais que permeiam o sistema processual coletivo atual. Diante do *status* de interesse social do objeto da ação coletiva, principalmente quando o que está em debate refere-se ao controle de políticas públicas, imputa-se a todos os responsáveis pelo processo coletivo, inclusive ao magistrado, o regular andamento processual para a análise do mérito.

Ao se inclinar para a defesa do controle jurisdicional das políticas públicas e se entender que ela representa um dos mecanismos de democracia participativa admitidos no Estado Democrático de Direito, exige-se, em contrapartida, instrumentos que façam deste exercício jurisdicional um canal de participação popular. De outro vértice, devem ser extirpados qualquer resquício que vise a infirmar a força das vozes populares. A técnica da representatividade, em qualquer instância de poder, deve servir como um mecanismo de reprodução e eco da verdadeira vontade popular, caso contrário, deve ser considerada ilegítima e incapaz de produzir efeitos, diante de sua evidente afronta à cláusula republicana de que todo poder emana ao povo.

⁵⁴⁸ “De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo adequadamente cumpridos. Nestes casos, deve recorrer, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras...* cit., p. 129)

4.2 Participação popular por intermédio das audiências públicas

Concluiu-se nos capítulos anteriores que os processos de massa podem se tornar verdadeiros instrumentos de democracia participativa quando o seu objeto visa a contestação das ações e das omissões advindas do Poder Público em assuntos de alta relevância social e política. A técnica dos processos coletivos permite estender os efeitos das decisões a todos àqueles que se enquadram no mesmo contexto fático e jurídico, resguardando-se a coerência necessária quando o objeto é indivisível. O Direito instrumental, portanto, cumpre o seu papel e proporciona a dinâmica imprescindível à adequada intervenção jurisdicional na gestão da coisa pública.

Contudo, a conclusão de que o processo coletivo se trata de verdadeiro canal de exercício da democracia participativa pode ser alvo de questionamento quando confrontada com o sistema representativo de legitimidade coletiva. Em outras palavras, parece haver um contrassenso em defender que a tutela coletiva é erigida a um canal de exercício da democracia direta e participativa quando ao cidadão é defeso provocar diretamente o Poder Judiciário para expor as razões da sua argumentação em favor da ilegalidade ou da inconstitucionalidade da atuação ou inércia estatal, que gere efeitos difusos. Assim, o cidadão é forçado a se submeter a um sistema representativo de interesses, aproximando-se, neste aspecto, dos postulados da democracia representativa.

Por outro lado, deve-se ponderar que, ainda que houvesse abertura para o ajuizamento do processo coletivo ao indivíduo, este também atuaria como representante dos demais membros da coletividade. A conclusão, portanto, é de ser inescapável ao sistema processual coletivo o modelo representativo de interesses, o que está em perfeita consonância com os princípios da efetividade e da economia processual.

Com o objetivo de tentar contornar os entraves deste modelo, o controle jurisdicional da representatividade adequada se faz mecanismo importante para garantir que haja, de fato, a representação dos interesses da coletividade pelos legitimados coletivos, uma vez que estes sequer foram escolhidos democraticamente pela massa que sofrerá os efeitos da decisão coletiva, ressalvadas as flexibilizações permitidas à coisa julgada.

Ainda assim, é possível avançar um pouco mais e concentrar-se nas técnicas diretas de inserção da sociedade civil no debate processual, refletindo a expressão real e efetiva do princípio democrático que deve permear o processo civil de interesse público.

Neste esteio, é possível se utilizar da técnica processual para desconstituir, no processo coletivo, o conceito rígido de que o contraditório deve limitar-se à relação dialética estabelecida entre as partes formais que integram a lide. Além da *participação pelo processo*, é possível a tutela coletiva proporcionar a *participação no processo*⁵⁴⁹, utilizando-se como instrumento as audiências públicas, com o escopo de garantir a efetiva participação dos cidadãos nas deliberações de interesse público.

A história brasileira nos revela uma relação de dominação política da sociedade civil, o que concorreu para fragilizar o processo de participação nas decisões de interesse social, servindo, ao longo do tempo, de abertura para a disseminação de injustiças e descasos com a opinião pública⁵⁵⁰. De outro vértice, é possível afirmar que, atualmente, a cultura brasileira de participação democrática encontra-se em expansão em todas as esferas de poder, corroborando para a construção coletiva e social do Direito⁵⁵¹.

Nas demais instâncias de Poder, os novos canais e espaços políticos de participação direta da população na elaboração políticas públicas vêm servindo de

⁵⁴⁹ Segundo a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, exposta no artigo “Direito processual coletivo”, no processo individual há a *participação no processo*, o que se faz por meio do contraditório. Já no processo coletivo, a participação se faz *pelo processo*, pois o contraditório é exercido pelo portador em juízo dos direitos transindividuais. No entanto, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que contou com a orientação da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, mencionam-se serem princípios da tutela jurisdicional coletiva a participação *pelo processo* e *no processo* (artigo 2.º, alínea “c”). Neste sentido, EDUARDO CAMBI e KLEBER RICARDO DAMASCENO perfilham o entendimento de que um dos princípios que regem o processo coletivo é o *princípio da participação pelo processo e no processo*, pois, segundo eles, “as pessoas potencialmente atingidas pela decisão judicial devem poder participar, por meio de mecanismos processuais, da construção da solução que melhor efetive os direitos coletivos”. (CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *RePro*, n. 192, p. 13-45, São Paulo, RT, fev. 2011. p. 40)

⁵⁵⁰ Em artigo intitulado “Audiência pública como direito de participação”, MARIA GORETTI DAL BOSCO discorre sobre a baixa densidade da participação política no Brasil: “As barreiras no Brasil são primeiramente de natureza cultural, já que o modelo político que adotamos, chamado de democracia, encontra-se ainda em fase de aperfeiçoamento, motivada esta situação, em muito, pelo longo período de ditadura militar que tomou conta do País”. (DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência pública como direito de participação*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/Noticia/1080/audiencia-publica-como-direito-de-participacao>> Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

⁵⁵¹ Na leitura de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “Só muito recentemente se vem reconhecendo a necessidade de complementar a democracia representativa com a democracia participativa, especialmente na Administração Pública, cujos quadros têm sido tradicionalmente refratários à ingerência coletiva por parte da sociedade”. (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001., p. 206)

referência e de exemplo, demonstrando ser possível a implementação dos mecanismos de democracia participativa na gestão da coisa pública. Os resultados colhidos concorrem para a racionalização dos programas do Estado e também dão voz aos grupos politicamente marginalizados, com ênfase nos direitos sub-representados. A exemplo, os Conselhos de Políticas Públicas mostram-se mecanismos eficientes de diálogo entre a população e o Estado, com a abertura de espaço para a gestão democrática.

Os programas referentes ao orçamento participativo também se mostraram uma competente inovação democrática, conferindo à população, não somente a possibilidade de discussão sobre a adequada distribuição de recursos, como demonstraram ainda se tratar de importante mecanismo de prestação de contas e fiscalização dos gastos do Poder Público.

Estas práticas participativas revelam uma nova qualidade de cidadania, renovando a credibilidade do cidadão em seu potencial de se fazer voz ativa e, em consequência, na possibilidade de intervir e influenciar os processos decisórios do Governo.

Ao lado destes canais democráticos encontram-se as audiências públicas. Em alguns casos, a sua importância é ratificada e exigida pela legislação⁵⁵², impondo ao Poder estatal a sua observância no exercício da gestão pública. Em outros, ainda que não haja a vinculação legal, a sua observância, sempre que possível, cumpre com o princípio constitucional democrático⁵⁵³, estabelecendo uma relação dialógica entre a Administração Pública e o cidadão.

Destarte, diante da experiência nos demais Poderes e do contexto democrático atual, pode-se afirmar que as audiências públicas se consagraram como instrumento de inegável efetividade à gestão pública, pois permitem o controle pela sociedade dos atos públicos, servem como importante meio para a informação social e prestam-se à

⁵⁵² Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), artigo 43, II; Lei 8.666/93, artigo 39; Lei 9.427/96, artigo 4º, § 3º; Lei 9.478/97, artigo 19; Lei 9.784/99, artigo 32; Lei 101/2000, artigo 9º e artigo 48, parágrafo único, I; Resoluções do CONAMA (06/86, artigo 11, § 1º; nº 09/87, artigo 2º, *caput*; 237/97, artigo 10, V); Lei 11.445/2007, artigo 11, IV, entre outras.

⁵⁵³ Para LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, como a própria Constituição Federal prescreve uma atuação participativa, mesmo sem obrigatoriedade legal ou constitucional, grandes projetos ou importantes decisões a serem tomadas necessariamente deveriam ser precedidos de audiências públicas (FIGUEIREDO, Lucia Valle *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 11, Salvador, ago./set./out. 2007. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>> Acesso em: 20 de setembro de 2012. p. 14)

colheita de informações sobre fatos e diversas opiniões que derivam do seio da sociedade. Enfim, o resultado concorre para a formação de decisões com maior potencial racionalizador e legitimador, elementos essenciais que consubstanciam a base do poder político.

As audiências públicas tiveram origem no direito anglo-saxão (*public hearings*), tornando-se, hodiernamente, uma prática universal⁵⁵⁴. Este instrumento democrático tem fulcro na garantia do devido processo legal substancial, que se revela na prerrogativa de o indivíduo ser ouvido quando esteja em jogo os seus interesses⁵⁵⁵.

No Direito brasileiro, pode-se afirmar que a audiência pública também integra a garantia do devido processo legal substancial, expressa no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e ainda se faz expressão das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa⁵⁵⁶.

Nas palavras de AGUSTÍN GORDILLO, as audiências públicas têm espaço quando o que está em pauta são decisões públicas de largo interesse social, servindo de meio para que sejam submetidas à prévia discussão juntamente com a sociedade:

*“Pero el derecho comparado ya de antaño introduce una segunda forma de cumplir con el antiguo principio audi alteram partem y es la necesidad política y jurídica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, la designación de un magistrado del la Corte Suprema, etc. Su campo de aplicación es sumamente amplio y si la considera en el marco ampliado de la participación ciudadana ostenta diversas variantes y ramificaciones. Su funcionamiento supone necesariamente que la autoridad pública someta un proyecto al debate público, proyecto que debe tener el suficiente grado de detalle como para permitir una eficaz discusión”*⁵⁵⁷.

Com efeito, as audiências públicas são instrumentos democráticos já conhecidos dos demais Poderes. Esta experiência pode perfeitamente ser transportada

⁵⁵⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 9. ed. t. 2. *La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Ayres: FDA, 2009. Disponível em: www.gordillo.com.br. Acesso em 10 de julho de 2012. p. XI-2.

⁵⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...* cit., p. 207-208.

⁵⁵⁶ Segundo MARIANA MENCIO, no âmbito da Administração Pública as audiências públicas têm fundamento no artigo 5º, XXXIII, LV, artigo 29, XII, artigo 37, *caput*; artigo 194, parágrafo único, VII, artigo 198, III, artigo 204, II e artigo 225, *caput* e, no âmbito do Poder Legislativo encontra-se no artigo 58, II. (MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. São Paulo: Fórum, 2007. p. 110)

⁵⁵⁷ Op. cit., p. XI-2.

ao Poder Judiciário, como procedimento que antecede às importantes decisões judiciais, principalmente quando o assunto refere-se ao controle de políticas públicas.

Nesta hipótese, o Poder Judiciário irá intervir, quando autorizado pelo sistema jurídico-político, em assuntos que, *a priori*, referem-se à função dos demais Poderes. Deste modo, a densidade democrática que permeia as decisões jurisdicionais deve aproximar-se daquelas que qualificam o exercício dos demais poderes políticos, seja porque possuem um conteúdo mais genérico, seja pela forte conotação político-social.

Atualmente, há exemplos concretos da eficiência das audiências públicas realizadas no âmbito jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal já se utilizou da técnica para debater com a sociedade temas polêmicos e de largo espectro político⁵⁵⁸. Os resultados foram extremamente positivos. Os participantes das audiências públicas trouxeram ao debate subsídios técnicos e esclarecimentos sobre os reflexos políticos e econômicos, proporcionando o aclaramento das questões que consubstanciavam a

⁵⁵⁸ A primeira audiência pública realizada no âmbito do STF, em abril de 2007, ocorreu por ocasião do julgamento da ADIn 3.510/DF, que visava a declarar a inconstitucionalidade do artigo 5.º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), o qual autoriza pesquisas com células tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos, com a imposição de determinados requisitos. Visando ao debate sobre a matéria, o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, designou uma audiência pública, que contou com representantes de diversas especialidades. Ao final, a ação foi declarada improcedente. A segunda audiência pública foi designada em razão da ADPF 101, que questiona sobre a possibilidade de o Brasil importar pneus usados. Em junho de 2008, a Relatora Carmen Lucia Antunes Rocha designou audiência pública para o debate sobre o tema, em razão da repercussão social que envolve a matéria. A ação foi declarada parcialmente procedente. Em agosto de 2008, foi designada audiência pública no âmbito da ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, com o objetivo de obter interpretação conforme à Constituição dos artigos 124, 126, *caput*, artigo 128, I e II do Código Penal, para a não configuração de crime de aborto em caso de antecipação terapêutica do parto dos fetos portadores de anencefalia. O Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, determinou a realização de audiências públicas, que contou com importantes vozes de especialistas sobre o caso. O pedido foi julgado procedente por maioria dos votos. A quarta audiência foi convocada pelo então Presidente do STF, Gilmar Mendes, em 2009, com o intuito de ouvir especialistas sobre questões referentes às regras do SUS, abordando temas como responsabilidades dos entes da federação em matéria de direito à saúde, obrigação do SUS em fornecer prestação de saúde prescrito por médico não pertencente aos quadros dos servidores do Estado, dever do Poder Público de custear prestações não abrangidas nas políticas públicas já delineadas, entre outras. Esta audiência pública não dizia respeito a nenhuma ação específica, mas foi designada em razão dos inúmeros processos em tramitação na Corte que se relacionavam ao direito à prestação à saúde. As ações foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2010, tendo o tribunal decidido por unanimidade que a saúde se constitui um direito subjetivo. A quinta audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal foi convocada pelo Ministro Relator da ADPF 186 e do REExt. 597.285/09, com o fim de ouvir pessoas experientes no assunto referente às políticas públicas de ações afirmativas no ensino superior. A questão pautava-se na dúvida sobre a constitucionalidade de reserva de vagas baseada em critérios raciais. Por fim, a corte julgou constitucional a política de cotas étnico-raciais para a seleção de candidatos no ensino superior. A última audiência pública foi convocada pelo Ministro Luiz Fux, relator da ADIn 4103 ajuizada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento que questiona a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Seca (Lei 11.705/2008), que proíbe a venda de bebidas alcoólicas á beira das rodovias federais. As audiências foram realizadas em maio de 2012. A referida ação aguarda julgamento.

matéria em pauta. A abertura do debate para além dos componentes do Tribunal, com a autorização para a explanação de *experts* sobre o assunto, defendendo teses contrapostas, recebeu a devida publicização, despertando a atenção da população sobre a relevância do assunto⁵⁵⁹.

Deve-se reconhecer que as audiências públicas já realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal tiveram como precípua escopo o aporte de conhecimento técnico que reveste a matéria objeto de determinado processo ou de diversos processos que seriam julgados por aquela Corte, com a participação de especialistas aptos a esclarecerem e aprofundarem o conhecimento técnico dos Ministros que compõem a Corte. A despeito de se tratar de uma oportunidade para a manifestação de opiniões diversas e plurais, inseridas em diferenciadas funções e posições da sociedade civil, o objeto precípua foi franquear fala àqueles titulares de um vasto currículo e experiência, pertinente à matéria em discussão⁵⁶⁰.

O recorte que se pretende dar às audiências públicas no âmbito dos processos coletivos é o de que sirvam, não apenas como instrumento de esclarecimento técnico dos elementos que compõem a lide, jurídicos ou não, mas também que possam ser utilizadas como espaço democrático de expressão daqueles que serão atingidos pela decisão coletiva, independente de seu saber técnico sobre o tema, valendo-se de seu conhecimento e sua opinião sobre os fatos e, ainda, de sua experiência cotidiana acerca daquele direito que também se insere em seu patrimônio jurídico.

O valor informativo da inserção das audiências públicas no processo coletivo deve ser sempre o de inclusão popular, com vozes plurais que lhe são inerentes, seja para exprimir as importantes considerações de especialistas sobre a matéria, seja para a participação efetiva da sociedade civil, a qual, ainda que não seja titular da *expertise* sobre o assunto, é a real destinatária destas importantes decisões de natureza jurídica e também de inegáveis reflexos políticos, econômicos e sociais. Em síntese, estas audiências públicas devem servir de espaço a autorizar que, por meio dela, se possam

⁵⁵⁹ GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA ressalta o caráter pedagógico das audiências públicas, pois, por meio dela se estabelece uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e as políticas públicas. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 271-281, Brasília, Senado Federal, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/280/4/r135-31.pdf>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012. p. 149)

⁵⁶⁰ O parágrafo único do artigo 154 do Regimento Interno do STF atribui ao ministro que presidir a audiência pública a função de selecionar as pessoas que serão ouvidas (inciso III), devendo garantir a participação de diversas correntes de opinião (inciso II).

esclarecer, através de *experts* no assunto, determinados pontos técnicos ainda obscuros, concorrendo para a qualificação das decisões jurisdicionais, e, ainda, devem também se prestar como via de participação útil aos cidadãos, os quais podem se utilizar da argumentação pessoal e individual para influenciar a decisão judicial, bem como trazer fatos não devidamente esclarecidos sobre a situação específica.

O principal objetivo da inserção das audiências públicas no âmbito do processo coletivo é de proporcionar a pluralização do debate, fase prévia à decisão judicial. O escopo, portanto, é expandir a amplitude do contraditório, superando os limites estreitos da relação dialética entre o ente legitimado e o Poder Público. Trata-se da socialização da garantia constitucional do contraditório, imprescindível ao processo coletivo, que carrega a marca da transindividualidade de seu elemento subjetivo e da politização de seu objeto⁵⁶¹.

Quando a controvérsia em debate refere-se ao controle de políticas públicas, os contornos da socialização das técnicas processuais devem se tornar mais fortes e acentuados. As políticas públicas são instrumentos estratégicos para se colimar a efetivação dos direitos fundamentais. Portanto, o que está em julgamento no processo coletivo é a outorga de valores sociais aos preceitos constitucionais e legais, que irão ter consequências diretas nos direitos que perfazem a dignidade de uma determinada coletividade.

E, em razão da natureza política destas decisões, o debate público e plural compõe o espírito democrático necessário à sua legitimidade social, não pela submissão do órgão julgador à vontade popular, pois, ao contrário das controvérsias que giram em torno das audiências públicas que integram o devido processo legal da Administração Pública, no âmbito jurisdicional não há qualquer divergência acerca da impossibilidade de vinculação do órgão julgador ao resultado da audiência pública. Não há dúvidas que o magistrado não está adstrito às manifestações externadas em audiência, mas, por outro lado, este tornar-se ouvinte das opiniões da sociedade civil, mormente quando o objeto do processo refere-se à intervenção jurisdicional em matéria de políticas destinadas à

⁵⁶¹ Sobre a participação nas decisões referentes aos conflitos sociais sobre interesses coletivos: “Esses procedimentos devem ser estruturados de forma a permitir a mais ampla participação de “sujeitos coletivos”, com a integração do maior número possível de ponto de vista sobre a questão a ser decidida, havendo ainda de se prever a possibilidade de a decisão ser tornar, a um só tempo, vinculante para os casos futuros semelhantes e passível de ser modificada, diante da experiência adquirida em sua aplicação”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 67)

consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, certamente concorrerá para uma decisão mais plural, racional e legítima⁵⁶², pois fruto de um debate reflexivo com os próprios destinatários das políticas públicas a serem construídas, os quais podem trazer valiosas informações e ponderações que a qualificação técnica nem sempre consegue identificar.

Ademais, ao contrariar as opiniões exaradas nas audiências públicas, os magistrados deverão utilizar-se da técnica argumentativa para demonstrar a razão pela qual a sua decisão se afasta do resultado da audiência pública, corroborando para o melhor desempenho de seu dever de fundamentação (artigo 93, IX, da CF)⁵⁶³, e maior transparência do sistema jurisdicional.

Como visto, o Estado Democrático de Direito tem suas bases na ênfase da proteção e do resguardo dos direitos fundamentais e é informado por um conteúdo democratizante, que alberga a intensa participação social na tomada de decisões sobre a forma de se alcançar estes direitos fundamentais. E, dessa participação advém naturalmente o dissenso, resultado festejado em uma sociedade multicultural e plural como a brasileira. Na construção e implementação de políticas públicas é este diálogo social que concorre para a maior probabilidade de acerto da decisão, que enseja maior conformação social nas deliberações políticas e sociais, que franqueia a real transparência à população acerca do procedimento, enfim, que culmina em dar real significado à democratização das decisões de cunho político.

As audiências públicas, como um dos novos mecanismos democráticos, concorrem para delinear o perfil progressista do processo civil no Estado Democrático de Direito, como bem aponta ROBERTO OMAR BERIZONCE:

⁵⁶² Para ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI, a participação acresce à legitimidade social à decisão administrativo, legislativa e judicial. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*... cit., p. 334)

⁵⁶³ “Assim, surge outro importante efeito da audiência pública, aquele de impor um ônus argumentativo, (*Argumentationslast*) caso desejem os órgãos administrativos e judiciais afastar-se da conclusão popular. Isso ocorre porque, às vezes, o ordenamento estabelece um primado apriorístico (*prima facie Vorrang*) de certos valores, interesses e direitos em detrimento de outros. Assim, quando observada esse “hierarquia” valorativa, para que o magistrado faça prevalecer o bem, valor ou direito que não aquele *prima facie* prevalente, deve ter “razões mais fortes” (*stärkere Gründe*) do que seria necessário para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídico”. (CABRAL, Antonio de Passo. Os efeitos processuais das audiências públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 13, p. 1-17, Bahia, fev./mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 24 de outubro de 2012. p. 7)

“En el fonde, claro, los soportes instrumentales son tan solo eso, pero también es exacto que sin ellos difícilmente pedría cumplirse sua alta misión. El activismo pretoriano para la creación de nuevas herramientas procesales de apoyo al actuar del tribunal, há quedado demostrado resulta esencial para la legitimación democrática de las decisiones de fondo. Diálogo interinstitucional, democracia deliberativa en el espacio judicial, participación comunitária en el debate y construcción de las políticas públicas, avances “experimentales” en la decisión, métodos de control en la ejecución, no son sino andamiajes que le permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que le corresponde a la Corte como componedora de la paz social, arbitrando entre intereses y, al mismo tiempo, consolidando las convicciones democráticas, ahora legítima también, por la utilización fructífera de aquellos procedimientos”⁵⁶⁴.

Deve-se reconhecer que o sistema automaticamente inclusivo do processo coletivo, a despeito das reconhecidas qualidades, pode fragilizar a externalização desta pluralidade, contrapondo-se ao conteúdo democratizante das políticas públicas.

Caso a coletividade fique alijada do debate público, sem possibilidades de qualquer manifestação, perde-se a oportunidade de ouvir as razões que embasam a opinião individual de quem tem propriamente ameaçado ou violado o seu direito fundamental, pois são estes indivíduos, usuários do aparelhamento social, que melhor podem desvelar os vícios e as deficiências dos serviços e produtos oferecidos pelo Poder Público. Ao restringir o diálogo somente aos operadores do Direito, corre-se o risco de tornar o processo coletivo um procedimento meramente tecnocrático, culminando na violação de um dos mais importantes direitos fundamentais da atualidade: a democracia⁵⁶⁵.

Repisa-se que o objetivo da utilização das audiências públicas no processo coletivo como um ato processual que integra à garantia do contraditório não é o de submeter uma decisão jurisdicional à vontade popular. Se por um lado o legitimado coletivo se faz representante da coletividade, por outro, o magistrado jamais pode atuar

⁵⁶⁴ BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. In: *RePro*, n. 190, p. 37-70, São Paulo, RT, dez. 2010. p. 68. Vale mencionar que a Suprema Corte de Justiça da Argentina regulamentou o procedimento relativo às audiências públicas por intermédio da Acordada 30/2007, que dispõe em suas considerações: “*Que, además, la participación ciudadana em actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo em que esta Corte conoce de los asuntos em que, com carácter primordial, há de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá ponder a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (...)*”.

⁵⁶⁵ Na lição de PAULO BONAVIDES, a democracia é um direito fundamental de quarta geração dos povos e cidadãos. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado...* cit., p. 521)

inclinado a ser o porta-voz de determinada minoria⁵⁶⁶ ou à maioria despida de poder de influência política nos demais Poderes devido à sua desorganização estrutural.

O órgão julgador deve outorgar a correta interpretação aos princípios constitucionais, com a observância da harmonia e unidade de suas normas, sempre informado pelos objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, os quais já estão declarados na Carta Política. O magistrado não deve perder o seu foco e atenção de aferir se houve ou não violação dos direitos dos cidadãos, sendo a correção, via poder jurisdicional, das disfuncionalidades da democracia representativa, mera consequência desta atividade.

Neste sentido, a razão da implementação de técnicas com perfil participativo é oportunizar a coletividade a influenciar o órgão julgador, por intermédio de uma relação argumentativa. Estes espaços abertos proporcionam a integração da sociedade civil no debate sobre o significado justo dos valores constitucionais⁵⁶⁷.

Nos ensinamentos de PETER HÄBERLE, a teoria da interpretação constitucional esteve por muito tempo vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. No Estado constitucional democrático, o exercício interpretativo deve converter-se em um procedimento da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, permitindo que todos os grupos, órgãos estatais e cidadãos possam ser verdadeiros intérpretes da norma constitucional, retirando dos órgãos oficiais o monopólio do exercício da hermenêutica⁵⁶⁸. Segundo o autor, o direito processual deve tornar-se parte do direito de participação democrática:

“Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser

⁵⁶⁶ FISS, Owen. Op. cit., p. 36.

⁵⁶⁷ “A Constituição viva depende de processos interpretativos em que se devem inserir todos os órgãos estatais, as entidades privadas e os cidadãos. A interpretação constitucional, como processo público, aberto e evolutivo, depende da maior comunicação entre o Estado e a sociedade. Cabe, destarte, ao ordenamento jurídico não apenas assegurar a interpretação aberta da Constituição, mas promover a opinião pública, estabelecendo canais de comunicação entre governantes e governados”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 373)

⁵⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 12-13.

desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição”⁵⁶⁹.

Desta maneira, os destinatários das normas tornam-se também os responsáveis pela construção do Direito interpretado, ou seja, deixam de ser meros espectadores, para se tornarem protagonistas do processo de hermenêutica constitucional, real e vivenciado, desvelando inúmeras reflexões oriundas dos mais diversos setores da sociedade.

Atualmente, não há previsão legal para a realização das audiências públicas nos processos coletivos, mas apenas em sede das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, a Lei 9.868/99 prevê a possibilidade de o relator da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 9.º, § 1.º) e da ação direta de constitucionalidade (artigo 20, § 1.º), propostas perante o Supremo Tribunal Federal, fixar data para realização de audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria, quando necessário para o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou diante da notória insuficiência das informações existentes nos autos. Esta previsão legal também se encontra estampada no artigo 6.º, § 1.º, da Lei 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI entende ser possível estender estes dispositivos legais que versam sobre as audiências públicas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade às ações civis públicas, por ser aquele um ramo do direito processual coletivo⁵⁷⁰. Mas diversamente de ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI, filia-se neste trabalho à doutrina que não identifica os processos coletivos com as ações de controle concentrado de constitucionalidade⁵⁷¹, diante da especificidade do procedimento destas últimas ações.

A proposta de inserção das audiências públicas nos processos coletivos foi inserida expressamente no artigo 22 do Projeto de Lei 5.139/2009 (Substituto).

⁵⁶⁹ Idem, p. 46-48.

⁵⁷⁰ Op. cit., p. 325. O autor acompanha o entendimento de GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, que insere os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade na modalidade de direito processual coletivo especial. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro...* cit. p. 183-184))

⁵⁷¹ CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA perfilha o entendimento de que o processo de controle abstrato de constitucionalidade é veiculado por um procedimento de inegável especificidade, que diferem das regras do processo comum. (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-57)

5.139/2005⁵⁷², que visa a reformar o procedimento referente à ação civil pública. Pela leitura do referido dispositivo, verifica-se a intenção de outorgar à audiência pública uma abertura democrática mais ampla, servindo não apenas para a oitiva de especialistas no assunto, mas também dando oportunidade de manifestação aos demais membros da sociedade, a fim de garantir ampla participação social.

Vale ainda mencionar sobre o Anteprojeto de Lei que institui o processo especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, de autoria da professora Ada Pellegrini Grinover e de Kazuo Watanabe e demais colaboradores, que dispõe, no seu artigo 7º⁵⁷³, sobre a possibilidade de realização de audiências públicas, possibilitando a convocação da sociedade civil, instituições e órgãos especializados.

No entanto, não trazem as mencionadas propostas legislativas a regulamentação do procedimento das audiências públicas, o que pode suscitar dúvidas de como elas podem concorrer para cumprir com o seu desiderato, sem comprometer o regular deslinde do processo coletivo. Deste modo, é mister traçar algumas premissas básicas sobre o *iter* da audiência pública, ou seja, sobre as regras e princípios a ela vinculados.

O melhor prisma para analisar a permissibilidade das audiências públicas no processo coletivo é compreendê-las como um instrumento processual de espectro de aplicação amplo quando se está diante de um debate jurisdicional em que se insere questões de alta relevância social. Neste sentido, para EDUARDO CAMBI, as audiências públicas podem ser utilizadas como técnica processual, a despeito da ausência de previsão expressa, com fulcro no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (artigo 5.º, XXXV, da CF)⁵⁷⁴.

De lege lata, é possível afirmar que nosso ordenamento jurídico autoriza a adoção das audiências públicas como técnica procedimental no processo coletivo, que tem por objeto questões de alta relevância social. Além dos fundamentos acima

⁵⁷² Artigo 22 do Projeto de Lei 5.139/2009: “Em qualquer tempo ou grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social e adequada cognição judicial”.

⁵⁷³ A redação do artigo 7º é: “Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados”.

⁵⁷⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 378.

expostos, podem ser acrescentadas as garantias do devido processo legal (artigo 5.º, LIV, da CF) e do contraditório (artigo 5.º, LV, da CF), as quais também servem de substrato jurídico para a realização de audiências públicas nos processos coletivos.

Mesmo sem dispositivo legal expresso, podem-se apontar casos bem sucedidos de realização de audiências públicas com diversos setores da sociedade em demandas jurídicas com desdobramentos econômicos, políticos e sociais⁵⁷⁵.

Ainda que a utilização das audiências públicas esteja embasada em princípios processuais constitucionais, faz-se importante para a consolidação do exercício da técnica processual a sua previsão expressa nas legislações processuais coletivas.

Como atos de natureza processual, as audiências públicas devem observar os princípios do devido processo legal, da publicidade, da oralidade, da oficialidade, do contraditório, da ampla defesa, da economia processual, entre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais⁵⁷⁶. E, justamente em virtude do *status* de ato processual, a audiência pública deve ser orientada por um regramento mínimo da forma como será conduzida, resguardando-se assim, a certeza e a segurança jurídica, que devem sempre permear o procedimento. Esta racionalidade, inerente à técnica processual, que qualifica o seu *iter*, deve funcionar como vetor orientador da audiência pública, evitando-se o desvirtuamento de seu desiderato ou a violação a outro princípio processual⁵⁷⁷.

Estas regras, no entanto, devem ser determinadas pelo próprio magistrado. Melhor explicando, não há como negar uma ampla dose de discricionariedade do magistrado, que determina a realização e preside a audiência pública, de estabelecer as

⁵⁷⁵ Nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando à recomposição do meio ambiente degradado em função das construções irregulares realizadas na Praia Brava (Itajaí/SC) e Praia dos Amores (Balneário do Camburiú/SC), o juiz federal Zenildo Bodnar determinou a realização de audiência pública de conciliação, com a presença da sociedade civil, entidades e órgãos públicos. Na decisão judicial, esclareceu-se que a audiência seria aberta a todos os interessados, bem como determinou o envio de convites às autoridades relacionadas ao assunto, associações e aos professores da universidade de diversas disciplinas. (Decisão publicada na *Repro*, n. 108, p. 339-340, São Paulo, RT)

⁵⁷⁶ Estes princípios são citados por GORDILLO ao mencionar sobre as audiências públicas realizadas perante a Administração Pública (GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. X-11). De qualquer modo, tais princípios também são inerentes ao Direito processual e devem ser aplicados às audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Judiciário. Esta também é a opinião de ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...* cit., p. 329)

⁵⁷⁷ O procedimento das audiências públicas realizadas perante o STF foi regulamentado após a Emenda Regimental 29/2009, que alterou seu Regimento Interno. Ainda assim, trata-se da regulamentação de um procedimento mínimo (artigo 154, do Regimento Interno do STF), e não exaustivo, sobre a audiência pública.

regras que irão orientar o debate público. Em razão das particularidades encontradas em cada processo coletivo⁵⁷⁸, o mais acertado é que o procedimento seja delimitado previamente pelo órgão julgador, dando-lhe a devida publicidade, com o fito de resguardar o princípio da segurança jurídica.

A exemplo, a função do magistrado de determinar aqueles que poderão se manifestar nas audiências públicas passa pela análise da extensão do objeto litigioso, que varia de acordo com o caso concreto. Um processo coletivo pode dizer respeito a uma dada comunidade, a um bairro, a uma cidade, a um Estado ou até mesmo a todo o País, dependendo da extensão da indivisibilidade do objeto litigioso. Há casos em que será possível ouvir todos aqueles que se habilitarem para se manifestar. Em outros, diante da ampla abertura à sociedade, o magistrado terá que delimitar os manifestantes, escolhendo-os de acordo com a sua representatividade social e a pluralidade de argumentos.

Ainda, no que pertine ao procedimento, a fim de concorrer com a pluralidade desejada neste debate público, o magistrado deve se preocupar com a publicização do evento, utilizando-se dos meios acessíveis a todos os níveis sociais para dar ciência da audiência a ser realizada, evitando-se a sua restrição a veículo oficial de imprensa, que pouco efeito prático possui. O importante é que a informação sobre a realização da audiência pública consiga alcançar, de forma razoável, grande parte da coletividade que se vinculará à decisão acerca do objeto litigioso. Desta maneira, por intermédio de edital de convocação, publicado com prazo razoável de antecedência para realização da audiência, o Poder Judiciário deve conclamar a participação da sociedade civil, dando-lhes ciência do local, data do evento e, ainda que de forma sucinta, da matéria a ser debatida⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Corroborando com esta assertiva, a importante lição de AGUSTÍN GORDILLO: “*Existe uma estrecha relación entre los principios de contradicción y participación, por una parte y de oralidad e informalismo, por la otra. El debate en la audiencia pública debe, por su propia naturaleza, ser oral e informal, pero lógicamente ordenado por el órgano que preside la audiencia. Esto no requiere en modo alguno normas generales para todas las audiencias, sino que debe ser resuelto en cada caso singular conforme a los principios que informan este procedimiento*”. (GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. XI-11)

⁵⁷⁹ Os meios de convocação são sugeridos por ALEXANDRE GAVRONSKI, que, a despeito de dissertar sobre os meios de convocação das audiências públicas pelos legitimados coletivos antes da realização da audiência, podem também ser utilizados pelo magistrado. Deste modo, sugere o autor a via eletrônica, o auxílio da imprensa, os meios de comunicação em massa (jornal, televisão, rádios, etc), envio de cópias dos editais às universidades, em virtude do caráter multidisciplinar da questão, cópia aos demais entes legitimados. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva...* cit., p. 335)

É imprescindível que o magistrado que conduz a audiência pública, antes de conferir voz aos presentes, informe a população sobre a causa de pedir e o pedido da ação coletiva proposta, expondo, de forma objetiva, as circunstâncias fáticas apontadas pelo legitimado, bem como a violação ao direito que serve de substrato jurídico para a ação coletiva.

Da mesma forma, o magistrado deve expor as razões de defesa apresentadas pelo réu em contestação, a fim de evitar qualquer violação ao princípio da igualdade, dando oportunidades iguais a ambos os lados para influenciar o prolator da decisão. Vale ressaltar que esta exposição inicial deve sempre ser realizada por meio de uma linguagem simples, com a substituição de termos técnicos jurídicos por outros termos inteligíveis a todos os cidadãos.

Os debates devem sempre ser conduzidos visando à distribuição de forma equânime das oportunidades de manifestação aos cidadãos, aos representantes das pessoas jurídicas e também aos entes federativos, sendo certo que suas participações estarão condicionadas à estreita relação com o objeto da ação coletiva.

Vale reiterar que a participação dos interessados, além de estar condicionada à isonomia entre os representantes de diversos setores sociais e institucionais, também poderá sofrer limitações no que pertine aos números de habilitações para manifestação, que deverá sempre ser direcionada pela razoabilidade, haja vista que o número excessivo de participações pode transformar a audiência pública em um procedimento infundável, e, em consequência, ineficiente e desinteressante para a população e para o próprio magistrado que a está conduzindo.

Quanto ao desenvolver dos debates públicos, é inegável que devem ser conduzidos por um formalismo moderado, assim como todos os atos perfilhados pela oralidade ampla. O que particulariza o êxito das audiências públicas é a possibilidade de amplo fluxo de informações e a sua publicização imediata a todos os ouvintes, facilitando a sua reprodução para os membros ausentes da coletividade. Não há dúvidas que a oralidade permite o estabelecimento de uma relação dialética mais fluida, contínua e menos rígida quando comparada com as manifestações processuais escritas. Nestas últimas, em razão dos vetores processuais a que devem obediência, como o princípio da preclusão, o princípio da eventualidade, o princípio da impugnação especificada, a litigiosidade torna-se mais intensa e dificulta o debate franco e a

aproximação dos litigantes, infirmando, por fim, as chances de se construir um diálogo baseado no consenso argumentativo.

Vale ressaltar que a discussão sobre as políticas públicas envolve, em grande parte das vezes, um desconhecimento por parte do órgão julgador dos fatos que compõem o objeto litigioso. Este desconhecimento, que pode até ser um fato notado no próprio legitimado que propõe a ação coletiva, tem inúmeras causas, dentre elas, a ausência de informações pelo Poder Público à população de dados inerentes ao planejamento das políticas públicas.

Nesta linha, pode-se afirmar que as audiências públicas são momentos importantes para que estes fatos sejam revelados e esclarecidos, por meio da demonstração de dados colhidos pela Administração Pública, a transparência dos custos para a formalização de uma determinada política pública e pela exposição das demais razões sobre a pertinência ou não da implementação de determinado programa governamental.

Em sede de contestação, estas informações dificilmente serão expostas de forma minuciosa e esclarecedora, como permite o debate oral, pois, em vez da argumentação de defesa ser feita por meio de um operador do Direito, como ocorre na defesa escrita, nas audiências públicas os próprios gestores públicos, que possuem conhecimento específico sobre a matéria, podem comparecer e, pessoalmente, declinar explicações pertinentes sobre o contexto fático, orçamentário, político e econômico que envolve a discussão da judicialização do direito social.

Registre-se, ainda, a possibilidade do magistrado poder fazer perguntas a qualquer expositor, recebendo respostas imediatas e esclarecendo sobre qualquer dúvida que possa permear a matéria. Ciente o magistrado das particularidades que perfazem o objeto litigioso, este terá um potencial maior para se tornar um facilitador na aproximação para a formalização de um acordo entre as partes, poderá delimitar melhor os meios instrutórios para o deslinde do feito e, ao final, irá prolatar uma decisão mais qualificada.

Quanto ao momento oportuno para a realização da audiência pública, pode-se apontar a efetividade de ser realizada após a fase postulatória. Isso porque, neste momento, as partes estão mais propensas ao diálogo, o que concorre para a facilitação da formalização de um acordo. E, como ora mencionado, os esclarecimentos prestados

em audiência serão aptos a orientar o órgão julgador quanto à pertinência das modalidades das provas a serem produzidas.

O número de audiências públicas realizadas também não deve ser restrito, desde que não esbarre no princípio da duração razoável do processo (artigo 5.º, LXXVIII, da CF) e desde que tenha inequívoca efetividade. Por exemplo, há possibilidade de que na primeira audiência as partes consignem a possibilidade de realização de uma nova audiência, para que nesta seja debatido eventual proposta de acordo trazida pelo autor, por outro legitimado, pela sociedade civil ou pela própria Administração Pública.

Por fim, vale anotar a imprescindibilidade da formalização de uma ata da audiência, constando o registro dos debates da audiência, que deve ser encartada aos autos⁵⁸⁰, uma vez que as manifestações são meios legítimos de influência do órgão julgador.

A audiência pública representa o mecanismo de maior acessibilidade social, justamente por se tratar de um procedimento mais simplificado, sem maiores formalidades que possam representar obstáculos à manifestação popular. Acrescente-se ainda tratar-se de mecanismo revestido de um extenso valor pedagógico ao aperfeiçoamento da democracia participativa⁵⁸¹, principalmente quando o assunto em pauta refere-se às medidas estratégicas para o atingimento de direitos fundamentais. Daí serem as audiências públicas instrumentos valiosos, principalmente a concorrer na difícil tarefa de aproximação do Poder Judiciário da sociedade civil.

4.3 *Amicus curiae*: representatividade da sociedade civil no enfrentamento aos obstáculos à informação

4.3.1. *Do instituto: amicus curiae*

Apresentam-se neste trabalho breves linhas acerca das características do instituto do *amicus curiae*, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto sobre esta

⁵⁸⁰ Há disposição similar no artigo 154, parágrafo único, VI, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Os trabalhos das audiências públicas serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência”.

⁵⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...* cit., p. 211.

recente figura contemplada no Direito brasileiro, que enseja controvérsias na doutrina e jurisprudência em diversos pontos. Nosso objetivo final é demonstrar como o *amicus curiae* pode representar um importante instrumento para a democratização da jurisdição no âmbito dos processos coletivos que veiculam o controle de políticas públicas.

A origem deste instituto é controvertida na doutrina. Há uma tese de que suas raízes jazem no Direito romano, como derivação da figura do *consiliarius*, uma espécie de auxiliar do juízo, que poderia agir individualmente na qualidade de *iuris peritus*, ou integrar o *consillium*, órgão colegiado com funções consultivas. Contudo, diferentemente do *amicus curiae*, a intervenção do *consillium* era sempre provocada pelo magistrado e sua atuação caracterizava-se pela neutralidade, direcionada aos interesses da Justiça. Estes traços distintivos despertam a desconfiança de alguns doutrinadores quanto à origem romana do instituto.

É possível identificar, com maior precisão, que a gênese do *amicus curiae* encontra-se no Direito medieval inglês. Nesta época, atribuíam-se ao terceiro interveniente um papel informativo e supletivo⁵⁸² direcionado aos magistrados, qualificado pela possibilidade de intervenção espontânea em juízo. Portanto, foi no Direito anglo-saxão que as referências ao instituto surgem de forma mais sistemática⁵⁸³, evoluem para se incorporar ao sistema do *common law* americano, culminando no delineamento do modelo atual.

Inicialmente, a introdução deste instituto solucionou parte dos problemas causados pelo sistema legal inglês do *adversary system*⁵⁸⁴, que franqueava às partes a primazia para conduzir a marcha processual, assegurando-as uma atuação com grande liberdade e despertando, em contrapartida, oposição frontal a qualquer intervenção de

⁵⁸² “O *amicus curiae*, nesse período, participativa do processo apontando precedentes jurisprudenciais não mencionados pelas partes ou ignorados pelo julgador, atuando em benefício de menores, chamando a atenção do juízo para certos fatos, como o erro manifesto, a morte de uma das partes, o descumprimento do procedimento correto ou a existência de norma específica regulando a matéria. Cumpria um papel meramente informativo e supletivo, mas de clara importância para a corte”. (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25).

⁵⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* cit., p. 90.

⁵⁸⁴ De acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, os principais aspectos do sistema do *adversary system* são: i) divisão nítida do procedimento em duas fases (a sessão de julgamento – *trial* e a fase preparatória (*pre-trial*)); ii) a atuação judicial limitada ao *trial*, sem prévio controle da atividade processual até sem prévio conhecimento da causa pelo juiz; iii) predomínio das provas orais e concentração da respectiva produção; iv) atribuição do controle do andamento do pleito e da coleta de provas aos próprios litigantes; v) escassa preocupação com a coincidência entre os fatos, tais como apresentados pelas partes ao órgão judicial e os fatos tais como se passaram. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. In: *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69-70)

terceiros no processo, preconizado no princípio *trial by duel*. Escoltadas por este sistema, não raras vezes as partes eram movidas por intentos colusivos e fraudulentos. Assim, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na demanda iniciou-se com a fiscalização da legitimidade da pretensão dos litigantes, assumindo o terceiro interveniente a função de identificar eventuais fraudes ou conluíus entre as partes⁵⁸⁵.

Ainda na fase incipiente do Direito inglês, o *amicus curiae* também concorria para auxiliar o juízo no desempenho da função judicante. Deste modo, na qualidade de *attorney general* ou de *counsels*, estes terceiros eram responsáveis por elaborar pareceres, trazendo ao debate processual precedentes e leis aplicáveis ao caso concreto, os quais eram desconhecidos pelo órgão julgador, mas úteis ao deslinde da controvérsia⁵⁸⁶.

Mas foi no Direito norte-americano que o instituto obteve ampla evolução, moldando-se aos contornos mais sólidos de atuação e ganhando visibilidade no cenário internacional⁵⁸⁷. Aos poucos, o *friend of Court* desvincilhou-se da neutralidade de sua atuação do Direito inglês, para cumprir uma função mais parcial e interessada.

O *amicus curiae* encontrou no sistema do *common law*, que subjaz na vinculação dos precedentes (*stare decisis*) aos casos futuros, terreno fértil para o seu desenvolvimento: o terceiro passou a ter interesse no julgamento favorável a uma das partes, auxiliando a Corte na solução da controvérsia, com o escopo de influenciar o resultado da decisão, diante da possibilidade de efeitos vinculantes aos casos futuros⁵⁸⁸. Destarte, o *amicus curiae* tornou-se alternativa mais flexível para a defesa dos interesses de terceiros que sofreriam os reflexos da decisão proferida no litígio, compensando-se a proibição da intervenção de outros interessados, alheios às partes, nas disputas privadas e, por outro lado, a transcendência dos efeitos da decisão, em razão da força vinculante dos precedentes judiciais.

⁵⁸⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae...* cit., p. 26.

⁵⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Idem, p. 90.

⁵⁸⁷ AGUIAR, Mirella de Carvalho. Op. cit., p. 11.

⁵⁸⁸ “De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam”. (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas do Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *RePro*, n. 117, p. 09-40, set.-out. 2004, São Paulo, RT, 2004.p. 10).

Foi ainda no Direito norte-americano que a importância da função desempenhada pelo *amicus curiae* e a diversidade de sua aplicação acabou por desbordar o espectro meramente jurídico de sua atuação. Com o tempo, despertou-se a importância do instituto em contribuir no esclarecimento de assuntos pertinentes a outras Ciências e que eram essenciais para desvelar o substrato fático e normativo da controvérsia⁵⁸⁹. Trata-se de inegável contribuição para a consolidação da conformação multidisciplinar do instituto, que ganha cada vez mais espaço nos dias atuais, contribuindo para a pluralização do debate e para o estabelecimento de um diálogo estreito entre o Direito e as demais Ciências.

Atualmente, o *amicus curiae* encontra-se rigorosamente regulamentado no Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos⁵⁹⁰, assim como também pode ser identificado em determinadas legislações processuais dos estados federados daquele país⁵⁹¹.

Pelas normas do instituto perante a Suprema Corte, há regra, a princípio, que condicione a sua intervenção à concordância das partes⁵⁹², ressalvadas as hipóteses em que o próprio Tribunal requer a sua manifestação ou ainda nos casos de intervenção das agências governamentais ou Estados da Federação⁵⁹³. No entanto, mesmo diante da discordância de uma das partes, a Corte tem discricionariedade para autorizar a sua manifestação, se entender pertinente, após a apresentação pelo *amicus* das razões que

⁵⁸⁹ O caso emblemático no direito norte-americano foi o memorial *Brandeis Brief*, apresentado no caso “Müller v. Oregon”, em 1908. De forma inédita, o advogado *Brandeis* apresentou parecer que continha opiniões médicas, de estatísticas econômicas e sociais, bem como um exame minucioso de legislação estrangeira. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, este memorial “permitiu que desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9.868/99: processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+130>> Acesso em: 14 de outubro de 2012.)

⁵⁹⁰ Regra 33, 34 e 37 da *Supreme Court of the U.S.*

⁵⁹¹ De qualquer modo, o *amicus curiae* somente pode intervir perante as Supremas Cortes, federal e estaduais, e ainda perante os tribunais de apelação.

⁵⁹² Regra 2 (a) do Regimento Interno: “*An amicus curiae brief submitted before the Court’s consideration of petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ, may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this Rule*”.

⁵⁹³ Regra 37.4: “*No motion for leave to file an amicus curiae brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency’s authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, country, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer*”.

justificam o interesse em ingressar nos autos⁵⁹⁴. A despeito de não haver limitação para a intervenção dos *amici*, estes somente serão autorizados a intervir quando trouxerem ao debate questões relevantes e ainda não aventadas pelas partes, evitando-se a reiteração de manifestações já apresentadas⁵⁹⁵. Outrossim, a sua atuação se restringe à prática de apresentação de memoriais, com a observância das formalidades e dos prazos⁵⁹⁶ que lhes são prescritos, e, excepcionalmente, podem ser autorizados a realizar sustentação oral⁵⁹⁷. Destaca-se ainda a possibilidade de as partes apresentarem memoriais de resposta às manifestações declinadas pela parte contrária e por seus *amici*⁵⁹⁸.

Outro importante regramento inserto no Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana refere-se ao procedimento de transparência⁵⁹⁹, relacionado à intervenção e atuação do *amicus curiae* no processo. Para que o magistrado possa saber acerca dos interesses que estão por detrás deste instrumento processual, devem ser declinadas pelo *amicus* informações sobre os grupos e entidades que estão sendo representados pela manifestação deste terceiro interveniente, seus membros e

⁵⁹⁴ Regra 2(b): “When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief before the Court’s consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to fill a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an *amicus* brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant’s interest”.

⁵⁹⁵ Regra 37.1. do RI da Suprema Corte: “An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court”.

⁵⁹⁶ Regra 37.5: “A brief or motion filed under this Rule shall be accompanied by proof of service as required by Rule 29, and shall comply with the applicable provisions of the *amicus curiae*, the summary of the argument, and the conclusion). A motion for leave to file may not exceed five pages. A party served with motion file an objection thereto, stating concisely the reasons for withholding consent; the objection shall be prepared as required by Rule 33.2”.

⁵⁹⁷ Regra 37.3.(a): “An *amicus curiae* brief in case before the Court for oral argument may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the court grants leave to file under subparagraph 3(b) of this Rule. The brief shall be submitted within the time allowed for filing the petitioner’s or appellant’s brief. The *amicus curiae* brief shall specify whether consent granted, and its cover shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an *amicus curiae*, or a brief for an *amicus curiae* in support of, or in opposition to, a petition for rehearing”. 3(b): “When a party to a case before the Court of oral argument has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an *amicus curiae* brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant’s interest”.

⁵⁹⁸ Regra 15.6: “Any petitioner may file a reply brief addressed to new points raised in the brief in opposition, but distribution and consideration by the Court under paragraph 5 of this Rule will not be deferred pending its receipt”(…).

⁵⁹⁹ Expressão empregada por DAMARES MEDINA. (MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68)

advogados, inclusive informações sobre o apoio financeiro franqueado por eles para suportar eventuais gastos decorrentes de sua atuação⁶⁰⁰.

Nas palavras de DAMARES MEDINA,

“esse item se mostra de fundamental importância à medida que permite à corte a rastreabilidade dos interesses econômicos envolvidos na causa, bem como no ingresso de um terceiro que se diz amigo da corte”⁶⁰¹.

Atualmente, o *amicus curiae* é o instrumento mais comum utilizado pelos grupos para defenderem seus interesses perante a Suprema Corte norte-americana. Portanto, esta forma de participação não se mostra como uma fonte neutra, mas é declaradamente dirigida aos Tribunais de modo a persuadir os órgãos judiciais a se inclinarem pelo julgamento da causa de determinado litigante em detrimento do outro. E, a despeito das controvérsias, reconhece-se que o instituto contribui para aumentar as chances para o sucesso do litígio⁶⁰².

O êxito da atuação do *amicus curiae* nos Estados Unidos fez com que esta figura fosse absorvida pela jurisprudência e pelo ordenamento jurídico de inúmeros países, ganhando destaque até mesmo no âmbito das Cortes internacionais⁶⁰³, reconhecido como instrumento efetivo na proteção dos Direitos Humanos.

Os vetores socializantes e participativos que serviram de base e fomento ao desenvolvimento do *amicus curiae* acabaram por influenciar também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, culminando, por fim, na sua sistematização legal, como meio de efetivo exercício democrático da interpretação constitucional. É certo que a inspiração pátria esteve preconizada no Direito comparado, mas com um perfil distinto,

⁶⁰⁰ Regra 37.6: “Except for briefs presented on behalf of *amicus curiae* listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and shall identify every person or entity, other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of the text”.

⁶⁰¹ MEDINA, Damares. Op. cit., p. 69.

⁶⁰² COLLINS JR., Paul. COLLINS JR., Paul. *Friends of the Court; examining the influence of the amicus curiae participation in U.S. Supreme Court Litigation*. Disponível em: <<http://www.psci.unt.edu/~pmcollins/LSR2004.pdf>> Acesso em: 13 de novembro de 2012.

⁶⁰³ Podemos destacar que há previsão da figura do *amicus curiae* na Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 45, alínea 1 e alínea 3; artigo 63, alínea 3), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 36 (2)), na Corte Internacional de Justiça (artigo 50 do Estatuto); nos procedimentos de resolução de conflitos no âmbito da Organização Mundial de Comércio (através de uma interpretação extensiva do artigo 13 das regras para a resolução de controvérsias (DSU)).

curvando-se às particularidades que perfazem o sistema romano-germânico e ainda aquelas inerentes ao Direito brasileiro.

A primeira previsão legal do instituto no Brasil ocorreu com a Lei 6.616/78, que alterou a Lei 6.385/76, esta última disciplinadora do mercado de valores mobiliários⁶⁰⁴. Por intermédio da lei modificadora, introduziu-se a possibilidade de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, que possui a função de fiscalizar o mercado de capitais, em processos judiciais que têm por objeto questões de Direito societário, e que, na esfera administrativa, esteja sujeita à competência da referida autarquia⁶⁰⁵. O objetivo desta intervenção é possibilitar ao juízo o acesso a informações específicas a respeito desta complexa matéria, que refoge ao saber jurídico comum, garantindo-se a compreensão do substrato fático e jurídico das questões em debate⁶⁰⁶.

Na visão de CARLOS GUSTAVO DEL PRÁ, esta figura não parece se identificar totalmente com uma das funções desempenhadas pelo *amicus curiae*. Isso porque, a despeito de tratar-se de intervenção voluntária de terceiros, esta não se dá para o desempenho do direito de participação democrática, mas em razão do cumprimento de um dever legal, faltando-lhe, portanto, um atributo de tom mais democrático que caracteriza verdadeiramente o instituto do *amicus curiae*. Acrescenta ainda o autor que não se pode excluir a possibilidade de a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) intervir nestas hipóteses como assistente simples ou litisconsorcial, o que ocorrerá quando tiver interesse na decisão ou na fundamentação da decisão. Nas demais

⁶⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*.

⁶⁰⁵ Artigo 31: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. § 1.º: A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação”. § 2.º: Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forenses ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3.º: À comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram. § 4.º: O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes”.

⁶⁰⁶ “O juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria após um ingente esforço”. (TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como amicus curiae*. *RePro*, v. 690, ano 82, p. 286-287, São Paulo, RT, abr. 1993.)

hipóteses, ainda que a intervenção decorra de um dever legal, pode ser compreendida como uma espécie de *amicus curiae*⁶⁰⁷.

A Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê, em seu artigo 89⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹, a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na qualidade de assistente, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida lei. Em razão desta intervenção, a doutrina aponta o dispositivo legal como mais uma hipótese de *amicus curiae*.

Segundo a perspectiva de ANTONIO DO PASSO CABRAL, tanto a intervenção da CVM, como a do CADE, caracterizam-se hipóteses de *amicus curiae*, pois, a despeito da ausência de interesse jurídico das autarquias na relação processual, uma vez que não mantêm relação jurídica ligada àquela deduzida no processo, descaracterizando-se assim o instituto da assistência, o embasamento da previsão legal destas intervenções pauta-se no interesse público, relacionada, na primeira hipótese, à fiscalização das atividades atinentes ao Direito societário, e, na segunda, justificada pela proteção da livre concorrência⁶¹⁰.

Outra previsão legal de *amicus curiae* aventada pela doutrina encontra-se na Lei 10.259/2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O artigo 14, § 7.^o⁶¹¹, desta lei autoriza a manifestação de eventuais interessados, mesmo que não sejam partes, no pedido de uniformização de interpretação de lei federal, em caso de divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais. Neste caso, como bem observa MIRELLA DE CARVALHO AGUIAR, trata-se de genuína hipótese de *amicus curiae*⁶¹², uma vez que é cristalino não haver qualquer interesse jurídico por parte deste terceiro que irá se manifestar, o qual intervém na lide para pluralizar o debate em torno da interpretação à

⁶⁰⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae...* cit., p. 57-61.

⁶⁰⁸ Artigo 89, da Lei 8.884/94: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

⁶⁰⁹ Durante o desenvolvimento deste trabalho, a Lei 8.884/94 foi revogada pela Lei 12.529/2011. De qualquer forma, a redação do artigo 89 foi mantida integralmente no artigo 118 da lei atualmente em vigor.

⁶¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes...* cit., p. 24-25.

⁶¹¹ Artigo 14, § 7.^o: “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam parte no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

⁶¹² AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 23.

lei federal, ou seja, intervém tão somente para auxiliar o juízo no proferimento de uma decisão mais justa.

Há ainda quem identifique⁶¹³ a figura do “amigo da corte” inserta no artigo 5º da Lei 9.469/97⁶¹⁴, que permite a intervenção da União nas causas em que figurem como autoras e rés as autarquias, fundações públicas, sociedade de economia mista e empresas públicas federais. O parágrafo único do referido dispositivo ainda autoriza as pessoas jurídicas de direito público a intervirem nas demandas que possam ter reflexos econômicos, ainda que indiretos, dando-lhes oportunidade para esclarecer questões de fato e de direito. A natureza jurídica desta figura, contudo, não é pacífica na doutrina, podendo-se encontrar vozes que a compreende como uma intervenção *sui generis*⁶¹⁵, pois prescinde da demonstração de interesse jurídico, exigindo apenas o econômico, o que excluiria a sua classificação como assistência. Não obstante, destoa das qualidades inerentes à figura do *amicus curiae*, uma vez que a Fazenda Pública tem interesse no êxito de uma das partes e não visa apenas a auxiliar o juízo⁶¹⁶. Todavia, como iremos discorrer mais a frente, este último requisito não se presta a diferenciar esta modalidade de intervenção do “amigo da corte”, pois a neutralidade não se mostra como qualidade imprescindível para o delineamento deste instituto.

Cita ainda a doutrina a hipótese da Lei 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Com arrimo na referida legislação, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) pode ser autor em ação de nulidade de patente⁶¹⁷, de desenho industrial⁶¹⁸ e de marca⁶¹⁹. Não obstante, também haja previsão legal na mencionada lei que prevê expressamente a intervenção do INPI nas ações em que se pleiteiam a nulidade do registro da patente, de desenho industrial ou de

⁶¹³ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. *Repro*, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

⁶¹⁴ Artigo 5.º: “A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único: As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

⁶¹⁵ Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Direito processual civil*, v. I... cit., p. 349-354.

⁶¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito pública prevista no parágrafo único do artigo 5.º da Lei 9469/97*, p. 623.

⁶¹⁷ Artigo 56 da Lei 9.279/96.

⁶¹⁸ Artigo 118 da Lei 9.279/96.

⁶¹⁹ Artigo 173 da Lei 9.279/96.

marca⁶²⁰. Contudo, a natureza desta última intervenção também encontra controvérsia na doutrina e na jurisprudência, como afirma CASSIO SCARPINELLA BUENO:

“Alguns entendem ser o INPI, quando não for o autor da ação, invariavelmente, réu, quando assumirá a qualidade de *litisconsorte passivo necessário*. Outros, diferentemente, entendem que o INPI, quando não tomar a iniciativa do processo jurisdicional, será, sempre, *assistente simples do réu*. Há uma corrente minoritária que sustenta que o INPI, nas condições especificadas pelos dispositivos referenciados, será *assistente litisconsorcial do réu*”⁶²¹.

CASSIO SCARPINELLA BUENO descarta a possibilidade de o INPI atuar como assistente simples ou litisconsorcial de uma das partes, em razão da ausência de interesse jurídico. De acordo com o autor, ou a autarquia é parte, figurando como autor ou réu, ou qualifica-se como *amicus curiae*.

Ainda consoante a este entendimento, mesmo que o INPI não tenha sido inserido no pólo passivo, responderá como litisconsorte necessário, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil, nos casos em que na causa de pedir formulada pelo autor houver a descrição de algum comportamento injurídico praticado por aquela autarquia.

Por outro lado, se a causa de pedir não mencionar qualquer vício cometido pela autarquia, esta não terá qualquer legitimidade substancial para figurar no pólo passivo da lide. Em síntese, conclui que, não sendo autor, nem réu, figurará a autarquia como *amicus curiae*, com respaldo na preocupação do legislador com a tutela em juízo dos bens e valores protegidos pelo INPI, que se caracterizam pela especificidade da matéria e também pelo interesse institucional, ou seja, na preocupação que os direitos relativos à propriedade industrial sejam adequadamente aplicados ao caso concreto⁶²².

Mas o destaque do instituto, que instigou a doutrina e a jurisprudência a refletir mais a fundo a respeito das qualificadoras do *amicus curiae*, ocorreu após a sua inserção nas ações de controle de constitucionalidade, regulamentadas pela Lei 9.868/99⁶²³.

⁶²⁰ Artigo 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96, respectivamente.

⁶²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* cit., 294-295.

⁶²² Idem, p. 291-306.

⁶²³ Na análise de GUSTAVO BINENBOJM, “A inovação da Lei 9.868/99, entretanto, é dupla: (1ª) positivou-se, pela primeira vez entre nós, a figura do *amicus curiae* como interveniente do processo de controle de constitucionalidade, embora o STF, informalmente, já admitisse a sua manifestação por memoriais; (2ª)

A disposição legal expressa referente à possibilidade de intervenção de um terceiro na discussão acerca dos valores inscritos na Constituição Federal representou a participação política da sociedade civil e, em última análise, a democratização da interpretação constitucional, oportunizando a socialização do conceito de intérpretes das normas constitucionais, para além dos legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade.

Antes da positivação do instituto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já admitia a manifestação de terceiros estranhos ao processo, por intermédio de memoriais juntados aos autos⁶²⁴. A Lei 9.868/99 veio, portanto, ratificar a construção jurisprudencial da mais alta Corte do País.

O artigo 7º, *caput*, da lei em comento ilide a possibilidade de intervenção de terceiros no procedimento objeto de controle concentrado de constitucionalidade. A razão desta exclusão encontra arrimo na defesa objetiva das normas constitucionais por meio do controle abstrato de constitucionalidade. Portanto, não há lugar para a defesa subjetiva de interesses, a qual é perseguida pelas clássicas modalidades de intervenção de terceiros, discriminadas no Código de Processo Civil, que exige o “interesse jurídico”, consubstanciado na probabilidade de a decisão judicial influir sobre a situação jurídica de terceiros.

Mais a frente, o § 2.º⁶²⁵ do artigo 7.º, do mesmo diploma legal, contempla uma ressalva quanto à intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, permitindo ao relator, após a análise da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Este dispositivo é claro ao retratar um permissivo legal que alberga a figura do *amicus curiae*, a despeito de não denominá-lo expressamente. Não obstante, pode-se dizer que o § 1.º do artigo

ao contrário do caráter de intervenção neutra da CVM, fulcrada na Lei 6.385/76, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, o órgão ou a entidade se habilitará para apresentar a sua visão da questão constitucional em testilha, oferecendo à Corte a sua interpretação, como partícipe ativo da sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”. (BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro...* cit., p. 88)

⁶²⁴ O *leading case* foi o julgamento do Agravo Regimental na ADIn n. 748-4, quando, por unanimidade de votos, o plenário do STF confirmou decisão monocrática do Ministro Celso de Mello e permitiu a permanência de um memorial apresentado por terceiros nos autos.

⁶²⁵ Artigo 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

9.⁶²⁶, do mesmo diploma legal, que contempla a possibilidade de realização de audiências públicas para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, também segue o mesmo raciocínio do instituto⁶²⁷, corroborando para ilidir qualquer dúvida quanto ao seu acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pesem os artigos discriminados referirem-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade, o § 1.º do artigo 20 da Lei 9.868/99, que se retrata ao procedimento da Ação Direta de Constitucionalidade, reproduz o teor do § 1.º do artigo 9.º do mesmo diploma legal, o que ocorre também com o § 1.º do artigo 6.º da Lei 9.882/99, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Corroborado pela identidade das demandas, que representam instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal admite a participação do *amicus curiae* em todas as ações acima apontadas.

Nessa mesma linha de inteligência, dispõe o artigo 482, § 3.º, do Código de Processo Civil⁶²⁸, que regulamenta o incidente de inconstitucionalidade, mas agora de forma difusa, que o relator, observado a representatividade do postulante e a relevância da matéria, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades no incidente. O que se verifica é que o legislador não se olvidou quanto ao controle difuso e concreto de constitucionalidade, aplicando a mesma *ratio*⁶²⁹ do controle concentrado, alinhavado na socialização do debate em torno do resguardo das normas constitucionais.

Influenciado pelo êxito e pela importância nas ações de controle de constitucionalidade, o instituto foi introduzido também no procedimento de repercussão geral, inserto no § 6.º do artigo 543-A do Código de Processo Civil⁶³⁰.

⁶²⁶ Artigo 9.º, § 1.º, da Lei 9.868/99: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁶²⁷ GOES, Gisele Santos Fernandes. *Amicus curiae* e sua função nos processos objetivos. necessidade de universalização do instituto para outras demandas. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010. p. 267.

⁶²⁸ Artigo 482, § 3.º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁶²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas do Hermes...* cit., p. 24.

⁶³⁰ Artigo 543-A, § 6.º, do CPC: “O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Pode-se ainda citar o artigo 3.º, § 2.º, da Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal⁶³¹ e ainda o § 4.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil⁶³², acrescentado pela Lei 11.672/2008, que cuida dos recursos especiais repetitivos. Todas estas hipóteses legais mencionadas visam à pluralização do debate jurisdicional, diante da transcendência de seus efeitos, o que as qualifica como de largo interesse social.

Outro ponto que desperta interesse na doutrina e divergência na jurisprudência diz respeito à natureza jurídica do *amicus curiae*. É certo que a figura do “amigo da corte” não se identifica com a qualidade de parte no processo, o que enseja a conclusão de tratar-se de um terceiro⁶³³. De outro vértice, também não se pode enquadrar o instituto como uma das modalidades típicas de intervenção de terceiros, pois a Lei 9.868/99 expressamente repudia a possibilidade de admitir-se no procedimento especial de controle de constitucionalidade qualquer uma das hipóteses de intervenção contidas no Código de Processo Civil, fazendo-o, como outrora mencionado, expressamente no *caput* do artigo 7.^o⁶³⁴ da supramencionada lei.

Acrescenta-se ainda que a legislação processual exige como requisito para o instituto da intervenção de terceiros a presença de interesse jurídico na relação processual, não bastando o interesse meramente econômico ou moral. Em razão disso, o *amicus curiae* não pode ser confundido com nenhuma figura de intervenção de terceiros disposta no Código de Processo Civil, uma vez que não possui interesse jurídico na

⁶³¹ A referida lei regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda 45/2004. Artigo 3º, §2º: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

⁶³² Artigo 543-C, § 4.º, do CPC: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

⁶³³ FREDIE DIDIER nega a qualidade de terceiros ao *amicus curiae*, pois “seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente”, concluindo-se, ao final, tratar-se de um auxiliar do juízo (A intervenção judicial do conselho administrativo de defesa econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/94) e da comissão de valores mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/76). *RePro*, n. 115, p. 151-163, São Paulo, RT, mai./jun. 2004). No entanto, nas palavras de DIRLEY CUNHA JR., “o *amicus curiae* é terceiro, sim, que pode intervir, a critério do relator, no processo objetivo de controle de constitucionalidade para defender interesse objetivo relacionado à questão constitucional controvertida”. (CUNHA JR., Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 157, nota de rodapé).

⁶³⁴ Artigo 7.º, *caput*, da Lei 9.868/99: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

relação processual que intervém⁶³⁵, sendo portador apenas de um interesse objetivo no julgamento do processo⁶³⁶.

Mesmo assim, há julgados que se inclinam a conferir natureza jurídica de “assistência”⁶³⁷ ao *amicus curiae*. Podem ser também encontradas vozes na doutrina que afirmam tratar-se de “assistência qualificada”⁶³⁸, ou ainda, identifica-se posicionamento de quem afirme cuidar-se de uma nova espécie de modalidade de intervenção de terceiros, distinta das demais modalidades clássicas insertas no Código de Processo Civil⁶³⁹. A permissão para a manifestação do “amigo da corte”, qualificada por vetores técnicos, políticos e ideológicos, torna ímpar este instrumento processual democrático, que não encontra guarida nos institutos processuais liberais da intervenção típica de

⁶³⁵ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae...* cit. p. 20.

⁶³⁶ Na lição de MÔNICA CLARISSA HENNIG LEAL, o interesse do *amicus curiae* não é processual, como ocorre nas espécies clássicas de intervenção de terceiros, regulamentadas pelo Código de Processo Civil, mas de ordem material, ou seja, o interesse destes terceiros passa apenas pela matéria objeto de discussão. (LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Neoconstitucionalismo: la audiencia pública como instrumento de democratización de las jurisdicción constitucional y su efectividad em el fallo del supremo tribunal federal brasileño respecto al derecho a la salud*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/230.pdf>> Acesso em: 15 de setembro de 2012.).

⁶³⁷ Podem-se encontrar decisões no STJ outorgando natureza jurídica de assistência ao instituto: “Recurso Especial. Antv. Ação Civil Pública. Intervenção do CADE como *Amicus Curiae*. Intervenção da União como assistente do Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal. (...) 3. A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97 e artigo 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência. (...)” (STJ, REsp 737.073 /RS, 1ª T., j. 06/12/2005, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 13/02/2006).

⁶³⁸ Compartilha deste entendimento EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO. Entende o autor tratar-se de uma “assistência qualificada”, pois, a despeito da ausência de interesse jurídico, o terceiro deve demonstrar interesse no julgamento da demanda, a favor ou contra o proponente, e ainda exige-se a demonstração da representatividade do interveniente. (BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 14, Salvador, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf> Acesso em: 03 de janeiro de 2013. p. 88)

⁶³⁹ Perfilham este entendimento ANTÔNIO DE PASSO CABRAL (Pelas Asas do Hermes... cit., p. 17); MILTON LUIZ PEREIRA (*Amicus Curiae...* cit.); DIRLEY DA CUNHA JR. (A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 157); Carlos GUSTAVO RODRIGUES DEL PRÁ (*Amicus curiae...* cit., p. 125) divide o instituto em duas espécies: aqueles que se manifestam por iniciativa do juiz e quando há intervenção voluntária. Na primeira espécie, entende o autor que a natureza jurídica do instituto enquadra-se em uma espécie do gênero *auxiliar do juízo*. Na segunda hipótese, quando a intervenção é voluntária, inclina-se o autor a compreender a figura do *amicus curiae* como uma nova forma de intervenção de terceiros no processo civil brasileiro, pois o *amicus curiae* possui interesse jurídico na solução de determinada ação, qualidade necessária para enquadrá-lo no instituto de intervenção de terceiros. Diferente da assistência, em que se exige interesse jurídico subjetivo, que se funda na estrutura dos processos clássicos, o *amicus curiae* é qualificado por um *interesse público de controle* ou intervenção de terceiros *para defesa de interesse público*. (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 63-66)

terceiros, sendo, portanto, correta a compreensão do *amicus curiae* como uma figura anômala de intervenção de terceiros, impulsionada pelos princípios que regem o processo civil de interesse público.

Deve-se reconhecer que há no ordenamento jurídico processual outras figuras que muito se assemelham ao instituto em comento, mas que com ele não se confundem. Entre eles, está o *custos legis*, *munus* desempenhado pelo Ministério Público, que deve intervir no feito quando se verificar interesse social e juridicamente relevante⁶⁴⁰, em última análise, zelando de modo imparcial pela ordem jurídica. Assemelham-se, pois ambos exercem a função de auxiliar o juízo na elucidação das questões técnicas, indispensáveis ao julgamento da causa, contribuindo para o alargamento da discussão sobre temas complexos e, em consequência, pela ampliação do exercício democrático da jurisdição⁶⁴¹. Mas, por outro lado, diferenciam-se, uma vez que o *amicus curiae* não tem o dever de manifestação, sendo-lhe esta, portanto, facultativa. Acrescente-se ainda que o “amigo da corte” não está limitado às lides que versam sobre direitos indisponíveis⁶⁴², o que não ocorre com a figura do *custos legis*.

O perito cumpre o dever de esclarecimento técnico sobre as matérias fáticas, e não jurídicas, essenciais à aplicação do Direito pelo magistrado⁶⁴³. O juiz determina quais provas serão produzidas, e, vislumbrando ser necessária a perícia no caso concreto, nomeia um *expert* de sua confiança para exercer esta função⁶⁴⁴, o qual deve agir sempre de forma imparcial. Portanto, assim como o *amicus curiae*, o perito trata de auxiliar do juízo, mas, diferente daquela figura, cumpre um dever legal, e, em razão disso, recebe honorários profissionais, e, manifesta-se apenas sobre questões estranhas ao espectro da Ciência do Direito. O “amigo da corte”, apesar de também figurar como auxiliar do juízo, ao contrário, não tem o dever de se manifestar e não recebe honorários. Ademais, pode intervir e manifestar-se acerca de questões jurídicas⁶⁴⁵ ou

⁶⁴⁰ Artigo 82 do Código de Processo Civil.

⁶⁴¹ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática... cit., p. 23.

⁶⁴² DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. IV. p. 358.

⁶⁴³ Artigo 145 do Código de Processo Civil.

⁶⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*... cit., p. 366-371.

⁶⁴⁵ Com arrimo na doutrina de FREDIE DIDIER, o *amicus curiae* auxilia o magistrado na tarefa hermenêutica, função esta que o distingue do perito. Acrescenta ainda não haver incidentes em relação ao *amicus curiae*, o que pode ocorrer em relação ao perito. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 1. p. 358)

não e, ainda, não exerce função de confiança do juízo, mas está sujeito ao controle de representatividade do postulante.

Portanto, ainda que o *amicus curiae* apresente semelhanças com outros institutos do processo civil, não se pode dizer que há uma identificação plena com nenhuma delas, o que enseja a conclusão de se tratar de uma figura *sui generis* de intervenção⁶⁴⁶, ou, nas palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO, um terceiro enigmático.

A doutrina majoritariamente defende a neutralidade do *amicus curiae*, compreendendo-o como um auxiliar do juízo, que não atua em seu benefício, nem mesmo tem destinatário certo e preciso, mas intervém direcionado a concorrer para a construção da escoreita deliberação judicial. E, principalmente em razão desta neutralidade, a doutrina tende a comparar o *amicus curiae* com as demais figuras processuais acima descritas, como o perito e a atuação do Ministério Público como *custos legis*.

CASSIO SCARPINELLA BUENO defende que o altruísmo é o mote que rege o instituto em debate:

“Sua atuação tende a ser, por definição, altruísta. Altruísta em dois sentido bem definidos. Primeiro, porque o *amicus* não atua em juízo em prol de direito ou interesse seu, próprio, ‘egoísta’. Segundo, porque o interesse que motiva a intervenção e a consequente atuação processual do *amicus* é institucional, e, nessas condições, não tem, necessariamente, destinatário certo, preciso, individualizado, subjetivado. Por importa para o *amicus curiae* quem será o ‘vitorioso’ na demanda se o autor ou o réu. Ele tutela um interesse em si mesmo considerado. O ‘beneficiário’ autor e réu é consequência de sua atuação, não a causa”⁶⁴⁷.

De fato, ainda que não se identifique plenamente o *amicus curiae* com as demais modalidades dos institutos jurídicos, pode-se afirmar tratar-se de um auxiliar do juízo⁶⁴⁸, vez que a sua função é qualificada por ser informativa e esclarecedora da

⁶⁴⁶ Neste sentido: CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas do Hermes... cit., p. 17.

⁶⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* cit., p. 443-444.

⁶⁴⁸ Neste sentido, FREDIE DIDIER JR. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *A intervenção judicial do conselho administrativo de defesa econômica...* cit., p. 152); LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito pública prevista no parágrafo único do artigo 5º da Lei 9.469/97. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 623)

matéria em debate, trazendo ao diálogo processual novas informações e dados relevantes⁶⁴⁹, a fim de dotar o órgão julgador de elementos importantes e técnicos ao deslinde do feito. Não obstante, o escopo deste instituto é pluralizar o debate para além das partes formais, oportunizando-se, assim, o poder de influência da sociedade civil por intermédio de legítimos porta-vozes, de modo a franquear maior legitimação social às decisões de largo interesse político, econômico e social.

No entanto, reconhecer estas funções e qualidades que são ínsitas ao instituto do *amicus curiae* não lhe exige neutralidade quanto ao interesse no resultado da demanda. Melhor explicando, as vozes profundamente conhecedoras dos elementos fáticos e jurídicos que envolvem a matéria controvertida podem posicionar-se pela defesa de determinados interesses sectários da sociedade civil, sem que isso infirme a autoridade que detêm sobre a matéria em discussão e, deste modo, a sua potencialidade em contribuir para uma decisão escoreita e plural.

Faz-se necessário ainda reconhecer a dificuldade de se vislumbrar neutralidade na intervenção voluntária de terceiro que intenta contribuir no debate jurisdicional, pois, regra geral, a sua participação é impulsionada pelos reflexos espalhados do resultado da deliberação judicial, que poderá esbarrar sobre seus interesses, ou, até mesmo, pela postura em defender suas posições ideológicas. Mesmo neste último caso, não se pode falar em neutralidade, o que não desfigura o potencial de o *amicus curiae* servir de auxiliar do juízo, mesmo que se posicione expressamente pela defesa de um dos lados da demanda.

Repisa-se que a ausência de neutralidade não retira a possibilidade deste terceiro de concorrer para o alcance de uma decisão ótima ou de se prestar à pluralização do debate, uma vez que trará informações técnicas sobre o assunto em pauta e ainda desenvolverá uma sólida argumentação, concorrendo, assim, para cumprir com os seus objetivos funcionais, quais sejam, enriquecer o debate com novas informações e provocar a reflexão dos magistrados quanto aos pontos apresentados.

Pela análise da participação do instituto perante o Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que as manifestações destes terceiros, regra geral, são permeadas por

⁶⁴⁹ No caso de a manifestação de terceiro não trazer novas informações e dados relevantes, pode o magistrado indeferir a sua intervenção, a fim de evitar tumulto processual (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae...* cit., p. 213). Como visto, no mesmo sentido as regras do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos (Regra 37.1(a)).

um esforço argumentativo no desempenho de uma defesa parcial da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos normativos⁶⁵⁰, o que não retira a força democrática do instituto.

Ademais, não podem ser desconsiderados os dados colhidos na pesquisa empírica feita por DAMARES MEDINA, que, após analisar as atuações do *amicus curiae* perante o Supremo Tribunal Federal, concluiu haver uma notável relação causal entre o ingresso deste terceiro e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado⁶⁵¹, o que ilide qualquer dúvida quanto à potencialidade de influência da manifestação deste no processo de tomada de decisão da Corte.

Posta esta premissa, a autora aborda a preocupação com a possibilidade de haver desequilíbrio informacional quando o *amicus curiae* atua apenas em apoio a um dos pólos do processo, pois, neste caso, demonstrou-se haver, no caso concreto, aumento do fluxo de informações apenas de um dos lados. Como soluções para evitar estes interesses concentrados do “amigo da corte”, DAMARES MEDINA destaca como solução a adoção do procedimento eletrônico, nos termos Lei 11.419/2006, da Resolução 344/2007 do STF e da Portaria 73/2007 do STF⁶⁵², adotado no julgamento da ADPF 101⁶⁵³, que teve reconhecido êxito, inaugurando, na opinião da autora, um novo paradigma informacional, concorrendo tanto para a transparência do processo de tomada de decisão, quanto para a perspectiva de diminuição da assimetria de informações entre todas as partes envolvidas no julgamento. Outra medida proposta pela autora seria a realização de audiências públicas, estas reconhecidas como *locus*

⁶⁵⁰ Como bem ilustra GUILHERME PERES DE OLIVEIRA, na ADIn 2.858/RJ, na qual se discutiu a constitucionalidade da reserva de vagas em universidades públicas em favor de estudantes negros, a maior parte das entidades habilitadas na qualidade de *amicus curiae* denota, em sua própria nomenclatura, a defesa do resultado do processo (exemplos: Instituto de pesquisas e estudos afro-brasileiros, Centro de articulação de populações marginalizadas, etc.). (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro: amigo da corte ou sujeito parcial do processo? In: DIDIER, Fredie *et. all.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010. p. 281, nota de rodapé)

⁶⁵¹ MEDINA, Damares. Op. cit., 125-135.

⁶⁵² A Lei 11.419/2006 dispõe sobre a informatização do processo judicial. Já a Resolução 344/07 regulamenta o meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais no STF e dá outras providências. A Portaria 73/2007 estabelece normas complementares para a tramitação do processo eletrônico no STF.

⁶⁵³ Muito bem conduzida pela Relatora do processo, a Ministra Carmen Lúcia, houve a preocupação em admitir o mesmo número de *amicus curiae* para a defesa de determinada tese e da tese contrária.

adequado para que o *amicus curiae* se manifeste em igualdade de condições com as demais partes do processo⁶⁵⁴.

A preocupação com o desequilíbrio informacional do *amicus curiae* provoca a reflexão sobre a necessidade de regramento mais especializado sobre a forma e o modo de sua participação, seja esta expressa por intermédio da apresentação de memoriais escritos nos autos, seja pela participação do “amigo da corte” nas audiências públicas.

Deste modo, a regulamentação deste instituto é necessária de modo a tratar de forma mais objetiva os requisitos para a intervenção destes terceiros que são imprescindíveis à abertura jurisdicional. Assim sendo, evita-se que o instituto fique refém eminentemente de um subjetivismo judicial, o que acaba por provocar questionamentos sobre os critérios de escolha na admissão destes terceiros, culminando em críticas sobre a potencialidade da participação destes terceiros provocar o desequilíbrio informacional no julgamento do feito.

Modelos de transparência que exijam explicações sobre o interesse na atuação na causa são medidas importantes que tornam mais transparentes e públicos os objetivos e intenções deste terceiro, possibilitando averiguar a legitimidade e o real caráter democrático desta intervenção. Assim, mostra-se pertinente condicionar a intervenção deste terceiro ao prévio esclarecimento a respeito da natureza da relação entre o *amicus curiae* com as partes, assim como a informação sobre eventual apoio financeiro franqueado para o suporte da manifestação do instituto. Não obstante, o pretendente deve revelar as entidades que estão representadas pela manifestação, a exemplo do que ocorre na normatização inserta no Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos e a consolidação do entendimento perante a Corte Suprema de Justiça Argentina⁶⁵⁵.

Em linha de conclusão, pode-se afirmar que a premissa que deve dar suporte à legitimidade do *amicus curiae* é a normatização para o estabelecimento de padrões

⁶⁵⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae...*, p. 167.

⁶⁵⁵ Os requisitos para a admissão do *amicus curiae* na Argentina foram delimitados pela Corte Suprema de Justiça, na Acordada 28/2007, no artigo 2.º: “*El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión*”. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/>.

objetivos de participação deste instituto, franqueando, assim, oportunidades iguais a cada um dos lados.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a legitimidade da intervenção do *amicus curiae* está condicionada à aferição judicial de determinados requisitos, haja vista que o valor democrático que permeia o instituto não significa que toda e qualquer pessoa possa participar do debate constitucional travado nas relações processuais, sendo necessária a eleição do melhor porta-voz que represente a sociedade civil⁶⁵⁶.

Extraí-se das hipóteses regulamentadoras do instituto que a questão em debate deve ser permeada por um relevante interesse social⁶⁵⁷, que desperte a consciência do órgão julgador sobre a necessidade de pluralizar o debate, a fim de concorrer à decisão mais justa possível. Por outro lado, forçoso reconhecer que, a todas as hipóteses em que a lei brasileira prevê expressamente a intervenção do *amicus curiae*, a relevância da matéria é ínsita ao objeto da ação, sendo desnecessária a persuasão do órgão julgador nesse sentido.

No escólio de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, a exigência refere-se à demonstração da relevância entre a matéria a ser discutida e a atividade perseguida pela instituição, haja vista que, se o processo está em andamento, não há dúvidas de que a matéria é relevante⁶⁵⁸, principalmente quando o objeto discorrer sobre o controle de constitucionalidade, matéria inegavelmente de alta relevância política, ou sobre a vinculação de precedentes judiciais, quando então a relevância se dá em razão da transcendência de seus efeitos para além dos interesses privados das partes.

Por fim, faz-se necessário averiguar a representatividade do postulante. Para cumprir este requisito, o terceiro deve ser detentor de um notório conhecimento e experiência sobre os elementos fáticos e jurídicos que servem de substrato à controvérsia judicial, destacando-se, ainda, por figurar como verdadeiro representante da sociedade e ser reconhecido por sua idoneidade. Para a aferição da representatividade adequada deste terceiro, imprescindível a verificação de requisitos como “aptidões,

⁶⁵⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr; USTARROZ, Daniel. Afirmção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010. p. 118.

⁶⁵⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae...* cit., p. 208.

⁶⁵⁸ BUENO FILHO, Edgard Silveira. Op. cit., p. 88.

qualidades, reputação, fins institucionais, tempo de existência, atuação nos mais diversos campos da vida e do direito em suas diversas facetas”⁶⁵⁹.

Por estas breves linhas, foi possível demonstrar algumas particularidades que singularizam o *amicus curiae*. Em seguida, demonstrar-se-á a importância da intervenção deste terceiro nos processos coletivos que veiculam o controle de políticas públicas.

4.3.1 Democratização do debate processual por meio do amicus curiae

A introdução do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade pela Lei 9.868/99 institucionalizou a democratização do procedimento hermenêutico das normas constitucionais, por intermédio da técnica processual, atribuindo à sociedade civil o *status* de copartícipe nos assuntos de alta relevância social.

Este instituto representou a consagração dos valores que servem de pilar ao Estado Democrático de Direito, em que não se autoriza que a interpretação das normas constitucionais fique circunscrita ao debate estreito das partes formais do processo, nem imersa no subjetivismo do órgão julgador. O compromisso assumido no Estado constitucional democrático é o de compartilhar com a sociedade as importantes deliberações de interesse social, antecedida de um diálogo plural e verdadeiramente democrático.

Arraigada nesta missão, espera-se da técnica processual o desenvolvimento de institutos com potencial democratizante, que, efetivamente, torne a jurisdição instância de participação social, com a gradativa diminuição da distância entre o poder jurisdicional e as demais ciências e os diversos setores da sociedade, que em muito podem contribuir para a definição de normas mais justas e mais consentâneas com a realidade vivenciada por todos os brasileiros.

Preconizado nestes valores sociais e pluralísticos, o *amicus curiae* é integrado ao ordenamento jurídico brasileiro, como exteriorização do perfilhamento da moderna linha do processo civil de interesse público, que não mais se restringe ao resguardo de interesses particulares das partes, mas se estende aos conflitos de natureza política, com

⁶⁵⁹ BUENO, Cassio Scapinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* cit., p. 654.

espeque nos princípios constitucionais, que conformam os institutos processuais participativos.

A matriz democrática do *amicus curiae*, assim como as audiências públicas, também encontra respaldo na visão republicana e democrática da interpretação constitucional, nos termos da doutrina perfilhada por PETER HÄBERLE⁶⁶⁰. O escopo da intervenção de um terceiro no processo de largo interesse social é pluralizar o debate, permitindo a abertura da interpretação das normas constitucionais aos atores que compõem a sociedade civil, ilidindo o monopólio dos órgãos oficiais nesta importante tarefa.

O valor finalístico do *amicus curiae* é fazer valer a teoria democrática da interpretação constitucional, que tem como pré-requisito a participação ativa do cidadão e das potências públicas⁶⁶¹. A jurisdição necessita destes mecanismos democráticos, pois somente cumpre com o papel que lhe foi outorgado pelo Estado Democrático quando a leitura da Constituição Federal se faça “em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes públicos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata seus direitos e deveres”⁶⁶².

Para além da pluralização do debate e do melhor desempenho no exercício da exegese pelo órgão julgador, a inserção das técnicas democráticas de participação de diversos setores da sociedade civil também corrobora para legitimar a decisão jurisdicional, como outrora já asseverado.

No processo constitucional em que se oportuniza a abertura hermenêutica por intermédio do *amicus curiae*, pode-se afirmar que a decisão judicial encontra maior respaldo perante a sociedade civil. Em voto proferido na ADI 2130-3/SC, o Ministro Celso de Mello enalteceu a importância da intervenção do *amicus curiae* em concorrer

⁶⁶⁰ Para PETER HÄBERLE, a democracia se desenvolve por intermédio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana. Nessa linha, acrescenta ainda que *experts* e “pessoas interessadas” também se convertem em intérpretes do direito estatal. Com bases nestas premissas, conclui que deve haver instrumentos processuais informativos ao juízo, especialmente através das audiências e intervenções.

⁶⁶¹ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 14.

⁶⁶² COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a Abertura da interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, v. 1, n. 06, Porto Alegre, out./dez. 2004. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/477/Direito%20Publico%20n62004_Inocencio%20%20Martires%20Coelho.pdf?sequence=1> Acesso em: 02 de novembro de 2012. p. 06.

com a maior legitimação e efetividade social das decisões no controle concentrado de constitucionalidade e também na perspectiva essencialmente democrática desta participação processual⁶⁶³.

A complexidade e a diversidade dos conflitos de interesses da sociedade contemporânea culminam em litígios judiciais que não se restringem ao enquadramento do fato à norma, mas, ao contrário, exigem do magistrado um esforço interpretativo na construção da solução jurídica ao caso concreto, a fim de alcançar o significado justo dos conceitos indeterminados e da densidade difusa das normas constitucionais.

Como demonstrado nos capítulos anteriores, o controle jurisdicional de políticas públicas representa procedimento de intervenção da vida política do País. A atuação do Poder Judiciário encontra respaldo na possibilidade de resguardo das normas legais e constitucionais que tutelam os direitos fundamentais, e, diante do espectro indivisível e transindividual que qualificam as políticas públicas, autorizam a utilização da técnica processual coletiva, respeitando-se a isonomia material entre aos titulares destes direitos, consoante aos valores insertos nas normas constitucionais. Estes reflexos, para além dos interesses das partes, franqueiam um viés transcendental a estas decisões proferidas, haja vista que irão esbarrar em interesses sociais, econômicos e políticos, sentidos por um largo número de pessoas.

Não obstante, é inerente à configuração do conceito de políticas públicas a multidisciplinariedade entre as Ciências, seja para desvelar o embasamento fático que perfaz a controvérsia, seja para auxiliar o órgão julgador a vislumbrar os efeitos de diversas naturezas sentidos após o proferimento de uma decisão judicial que a implemente ou altere o seu conteúdo. Como já alertado, o controle jurisdicional de políticas públicas torna-se legítimo apenas para corrigir distorções desarrazoadas dos programas governamentais ou para afastar a leniência dos demais Poderes no respeito à eficácia ativa dos direitos fundamentais.

⁶⁶³ “Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá a maior efetividade e legitimidade às decisões deste tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais e econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação”.

De qualquer modo, a racionalidade e a eficiência na distribuição do bem comum não podem ser desprezadas, sob pena de se criar outras iniquidades não autorizadas pelo sistema constitucional. Decidir sobre políticas públicas exige o reconhecimento pelo órgão julgador e pelas partes em litígio de que a Ciência Jurídica não poderá ofertar todas as respostas para o verdadeiro alcance da Justiça, sendo necessário promover a imbricação entre a norma posta e os fatos permeados pelas condicionantes que somente as demais Ciências podem esclarecer. O jurista, então, deve cada vez mais dialogar com os conhecedores das demais Ciências, aprofundando-se em assuntos econômicos, urbanísticos, psicológicos, médicos, sociais, históricos, entre outros, que serão de importância ímpar para o sucesso da intervenção jurisdicional.

A Ciência jurídica, de forma isolada, ainda que preconizada nos preceitos constitucionais, não é suficiente para traçar os rumos de uma política bem sucedida, justamente em razão do desconhecimento dos assuntos relacionados à Economia, às Ciências Sociais e às Ciências Políticas, aos conhecimentos pedagógicos, às questões técnicas relacionadas à área da saúde, entre tantos outros, que também integram o verdadeiro conteúdo das normas constitucionais e legais. Não raras vezes, estes conhecimentos, relacionados a outras Ciências, representam a base para a interpretação das normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais, estas escritas por meio de princípios de conteúdo aberto, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁶⁶⁴.

A solução, no entanto, não está no reconhecimento da inoperância do Poder Judiciário em vindicar o controle e a implementação das políticas públicas, mas sim em trazer à técnica processual instrumentos participativos que permitam a convergência de várias Ciências, cada qual contribuindo na sua esfera de conhecimento para o melhor resultado possível de seus efeitos perante a sociedade.

Conclui-se assim que o controle jurisdicional de políticas públicas caracteriza-se pela complexidade dos aspectos fáticos envolvidos, que, se mal compreendidos,

⁶⁶⁴ “No obstante ello, la figura parece ser hecha a medida de este tipo de casos y de la gran mayoría en los que se ventilan cuestiones vinculadas con técnicamente complejos y requieren de opiniones expertas que no siempre se encuentran al alcance del tribunal interviniente. Es que especialmente en esta rama de incidencia colectiva y de los denominados derechos difusos, resulta esencial integrar una visión abarcativa del conflicto, producto de los diversos aportes que pueden realizarse, para la consolidación de valores precedentes en la materia”. (NÁPOLI, Andrés; VEZZULLA, Juan Martín. *El amicus curiae en las causas ambientales*. Disponible en <<http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>> Acesso em: 06 de agosto de 2012)

podem ensejar equívocos na distribuição do bem comum. O planejamento e a implementação de estratégias para a efetivação dos direitos fundamentais exigem *experts* no assunto, de modo a trazer ao debate um conteúdo técnico necessário à racionalização da atividade do Poder Público, com o escopo de alcançar os melhores resultados, culminando em uma equação razoável de custo benefício.

Não se pode descurar ainda da baixa densidade normativa dos direitos fundamentais inscritos nas normas constitucionais, acrescida da técnica legislativa contemporânea, delineada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados, que culminam na exigência da participação mais ativa do órgão julgador e de outros atores para a construção de uma solução jurídica, que não mais versa sobre a sua mera revelação. Característica dos denominados “casos difíceis”, a intervenção judicial nos programas governamentais, em grande parte das vezes, torna-se uma busca árdua para o alcance da adequada interpretação da norma jurídica. Assim sendo, faz-se imprescindível a discussão plural sobre os elementos da própria Ciência Jurídica, de modo a franquear maior legitimidade, maior acerto e mais segurança ao procedimento de construção da solução jurídica.

Diante das circunstâncias acima apontadas, em que está imersa a discussão sobre o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mormente quando veiculado por uma ação coletiva, quando então o resultado é naturalmente transcendental, está justificada a imprescindibilidade de efetivação dos instrumentos participativos, a fim de garantir o perfil democrático ao debate processual e o aumento da potencialidade de acerto nas decisões judiciais de reconhecida dificuldade.

Como se demonstrou, a institucionalização do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro iniciou-se com a intervenção de órgãos e entidades, alheios à condição de parte processual, nas ações que veiculam matérias de ampla complexidade e de alta especificidade, e que, em razão disso, fogem à atuação comum dos Tribunais. Nestes casos, o terceiro intervém para auxiliar o magistrado na difícil tarefa de elucidar os fatos e o contexto jurídico, para a correta aplicação do Direito ao caso concreto.

Posteriormente, a previsão da intervenção deste auxiliar do juízo nas ações de controle de constitucionalidade vai ao encontro da socialização dos debates em torno do justo sentido empregado às normas constitucionais, com reflexos generalizados de interesse público e social.

Em conclusão, tem-se que o vetor fomentador da previsão desta modalidade interventiva *sui generis* encontra-se na complexidade fática e jurídica do objeto posto em juízo e também na democratização dos debates, de modo a tornar a hermenêutica verdadeiro exercício de cidadania.

Portanto, a admissão de terceiros no processo coletivo, que tenham representatividade adequada para se manifestarem acerca destas premissas que servem de substrato fático às normas constitucionais, irão qualificar o debate, por meio de informações e ponderações que, em muitas ocasiões, são desconhecidas pelas partes que compõem a lide e pelo órgão julgador.

É o *amicus curiae*, com conhecimento e experiência sobre a matéria posta em juízo, que pode contribuir para o estabelecimento de um diálogo mais estreito entre as Ciências Jurídicas e as demais Ciências, demonstrando que as normas de interesse público, na maior parte das vezes, representam a imbricação entre estas diversas Ciências. Esta relação dialética multidisciplinar se faz imprescindível para o êxito deste recente compromisso assumido pelo Poder Judiciário, qual seja, o de intervir em questões caracterizadas pela alta relevância política e social, e não mais restrita aos interesses privados das partes litigantes. É certo que tais questões postas a julgamento são imprescindíveis aos rumos do País, e, em razão de sua importância, não podem ficar restritas ao diálogo circunscrito apenas aos operadores do Direito.

Esta é a percepção de ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ:

“Daí a necessidade de que essa descrição não se dê solipsisticamente, eis que o detalhamento de um estado de coisas por um físico de certo será diferente daqueles procedida por um jurista. Assim, a compreensão de um processo que ocorra dialogicamente, garantindo a participação das partes, do juiz, de peritos e seus assistentes e muitas vezes de terceiros, como nos casos de *amicus curiae* é fundamental. Aqui o conceito de uma comunidade de princípios de Dworkin ganha relevância, assim como também a perspectiva de que Hércules não representa a figura de um super juiz, mas indica a necessidade da construção discursiva do processo”⁶⁶⁵.

Como visto, teorias jurídicas e argumentos jurídicos, externados por diferentes prismas, podem também integrar a manifestação deste terceiro interveniente. A

⁶⁶⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; DARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 111.

complexidade e sensibilidade da interpretação dos princípios constitucionais que conformam os direitos fundamentais suscitam diferentes visões na doutrina e na jurisprudência, justamente em razão do amplo grau de abertura normativa que apresentam.

A descoberta da eticidade inserta nas normas constitucionais e legais deve ser realizada por intermédio de um procedimento dialético e canalizado na ampla e direta participação de juristas que, pela qualificação que possuem, podem trazer uma importante contribuição na tarefa de auxiliar o órgão julgador em outorgar valores sociais aos preceitos constitucionais e legais.

O caráter democrático e plural do *amicus curiae* também é de grande valia quando o que está em pauta é a intervenção do Poder Judiciário nas ações estratégicas para fazer valer os direitos fundamentais. Delimitou-se no presente trabalho que as políticas públicas representam matérias afetas, *a priori*, às funções dos demais poderes, os quais se apoiam no modelo de democracia representativa e em determinados mecanismos de democracia participativa.

Neste sentido, o que se pode extrair dos valores insertos nas normas constitucionais de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, com nítida ênfase nos direitos fundamentais e na participação política da sociedade civil, é que qualquer procedimento para a elaboração de políticas públicas deve ser integrado por uma densa carga democrática, de maneira a não se desviar dos anseios sociais.

Nesta linha de inteligência, conclui-se que o fundamento para a admissão da manifestação do *amicus curiae* nos processos coletivos que veiculam o controle jurisdicional de políticas públicas é estatuído sobre o mesmo propósito teleológico do controle concentrado de constitucionalidade: pluralização e democratização do debate para a socialização da atividade jurisdicional. São estas importantes vozes que concorrem, não apenas para qualificar o debate, mas também para franquear maior legitimidade social⁶⁶⁶ e transparência à intervenção excepcional do Poder Judiciário em assuntos que, à primeira vista, competem aos demais Poderes.

⁶⁶⁶ “En ese sentido, y en un escenario en el que se pretende consolidar la democracia participativa-aun cuando la adjetivación pudiera resultar redundante en relación con el término al que refiere, calificándolo-, vislumbramos que el *amicus curiae* puede encaramarse como una herramienta interesante

A maior ou menor abertura processual a estes terceiros auxiliares do juízo deve ser proporcional ao objeto processual a ser deliberado. De acordo com a pertinente conclusão de PETER HÄBERLE, os critérios de interpretação constitucional devem ser mais abertos, quanto mais pluralista for a sociedade⁶⁶⁷. Nesta linha, quando estiverem em pauta matérias atinentes aos direitos fundamentais, a abertura processual deve necessariamente ser ampla, pois nosso País é constituído por uma sociedade plural, culturalmente diversificada, caracterizada, em cada região, por diferentes problemas sociais e, ainda, por uma expressiva desigualdade de renda. Assim sendo, do procedimento de extração do correto significado outorgado aos direitos fundamentais decorrem naturalmente os dissensos sociais, sendo legítimo que haja oportunidades para que tais dissensos sejam exteriorizados, sem desviar da trilha dos valores democráticos.

Sob a égide destes fundamentos, é possível identificar a ressonância na doutrina, e, ainda que de forma mais incipiente, também na jurisprudência⁶⁶⁸, sobre a tentativa de incorporar, de maneira mais generalizada, o *amicus curiae* à processualística contemporânea, seja por intermédio da inserção de dispositivo expreso na legislação processual acerca deste instituto de matriz democrática, ou ainda pela sua inferência dos valores que conformam as normas processuais do nosso ordenamento jurídico.

Nos termos da posição alinhavada por CASSIO SCARPINELLA BUENO, nosso sistema processual civil nunca foi arredo à abertura democrática proporcionada pelo *amicus curiae*. De acordo com o processualista, a aplicação da dinâmica democrática do instituto encontra autorização nos artigos 130, 335, 339 e 341, I e II, do Código de

para aportar en favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública que la decisión a adoptar sea susceptible de engendrar". (BAZAN, Victor. El amicus en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones constitucionales*, n. 12, ene./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst12/CUC1202.pdf>> Acesso em: 29 de novembro de 2012.)

⁶⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional...* cit., p. 13.

⁶⁶⁸ O Superior Tribunal de Justiça permitiu a intervenção da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto na qualidade de *amicus curiae* em mandado de segurança que se discutia o ato proferido pelo Ministro de Estado da Saúde que regulamentava os procedimentos e critérios para o envio ao Sistema de Saúde da listagem de trabalhadores expostos e ex-expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, utilização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham. (STJ, EDcl AgRg no MS 12.459/DG, 1ª S., j. 24.10.2007, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03.12.2007)

Processo Civil⁶⁶⁹. Pode-se dizer, assim que, *lege lata*, os processos coletivos albergam, em suas normas processuais, este instituto democrático.

EDUARDO CAMBI e KLEBER RICARDO DAMASCENO enaltecem a importância da intervenção do *amicus curiae* nos processos coletivos, diante da inegável carga democrática que qualificam este ramo processual. Deste modo, concluem que a intervenção deste terceiro “torna-se uma necessidade democrática de abertura do processo, a fim dele se conformar com os anseios e perspectivas de toda a sociedade”⁶⁷⁰.

Na mesma linha, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI e LUIS MANOEL GOMES JUNIOR, afirmam que, diante da repercussão e do alcance do direito tutelado em sede coletiva, faz-se conveniente que o juiz estimule a intervenção do *amicus curiae*, por meio do convite de entidades representativas dos interesses em pauta, sugerindo ao final, que, mesmo sem a previsão legal, deve-se abrir a possibilidade de intervenção deste instituto para ações diversas do controle concentrado de constitucionalidade, inclusive nas ações civis públicas⁶⁷¹. Vale citar ainda o entendimento de TERESA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, os quais defendem a participação do *amicus curiae* nos processos judiciais de qualquer natureza sempre que a importância do bem jurídico e a repercussão social da decisão assim o impuserem⁶⁷².

Importante destacar também a doutrina de EDUARDO APPIO, que autoriza a intervenção do *amicus curiae* nos processos coletivos que discutam sobre o controle de políticas públicas:

“Sustento que a figura do *amicus curiae*, concebida inicialmente para os processos de controle concentrado de constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal (Lei Federal 9.868/99, artigo 7º, *caput*) pode ser

⁶⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* cit., p. 640-641.

⁶⁷⁰ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e o processo coletivo...* cit., p. 40.

⁶⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES JR., Luiz Manoel. Ações coletivas e intervenção de terceiros. In: DIDIER, Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010. p. 245-246.

⁶⁷² E exemplificam os autores: “É o que pode ocorrer, por exemplo, e m ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público no intuito de determinar a cessação das atividades de uma empresa, sob o argumento de que a mesma não estaria a observar condições de funcionamento seguras, podendo via a causar prejuízos ao meio ambiente. Neste caso, justifica-se, a nosso ver, a manifestação de órgãos de proteção ao meio ambiente, bem como de órgãos que representem a referida atividade empresarial”. (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010. p. 495)

incorporada aos processos coletivos, desde que: (i) o autor coletivo pretenda a implementação judicial de uma política pública não prevista, de forma expressa, na lei ou na Constituição e (ii) o autor coletivo esteja buscando a tutela de direitos difusos e coletivos em relação aos quais exista manifesto interesse público e (iii) a medida judicial pretendida venha afetar o interesse de grupos específicos na sociedade e não estejam sendo devidamente representados nestes autos”⁶⁷³.

E ainda, a análise da importância do instituto para EDUARDO CAMBI pela possibilidade de aplicação do instituto nos processos coletivos:

“Assim, seria possível que em ações coletivas que versam sobre questões jurídicas complexas e de alta repercussão social (vg. Estabelecimento de cotas em universidades públicas) entidades da sociedade pudessem participar do processo, colaborando com informações, dados estatísticos, pareceres técnicos e experiências anteriores, para a exata compreensão dos direitos difusos em colisão e, consequentemente, para a melhor qualidade da prestação judicial”⁶⁷⁴.

Da mesma forma, na Argentina, a despeito da ausência da sistematização legal do instituto na órbita federal⁶⁷⁵, sua aplicação nos processos coletivos de interesse público também decorre da construção pretoriana da mais alta Corte do país (Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina)⁶⁷⁶:

“El Alto Tribunal paulatinamente há venido diseñando um conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales – así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los “amigos del tribunal”, en los conflictos en que se debatan cuestiones de transcendencia colectiva o interés general, con la finalidad, con la finalidad de ampliar el debate judicial habilitand nuevos

⁶⁷³ APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do poder judiciário...* cit., p. 157.

⁶⁷⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 378-379.

⁶⁷⁵ “La presentación de opiniones por parte de sujetos ajenos a los litigantes en el marco de ciertos casos de trascendencia institucional es una realidad presente en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. No obstante ello, el Tribunal carece de reglas formales que permitan gestionar y administrar tales presentaciones, lo cual impide conocer de antemano las condiciones de admisibilidad y el contenido que deben reunir, así como también el rol que corresponde asumir a los sujetos que ingresan al proceso por medio de ellas, sus derechos, cargas u obligaciones. Con la finalidad de afianzar la seguridad jurídica, evitar demoras en lo procedimiento y facilitar la gestión del expediente, resulta conveniente regular por vía legislativa la figura del *amicus curiae*”. (VERBIC, Francisco. *Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la provincia de Buenos Aires*. Disponível em: <<http://www.franciscoverbic.com.ar/images/stories/articulos/II%20propuesta%20para%20regular%20el%20amicus.pdf>> Acesso em: 14 de agosto de 2012.

⁶⁷⁶ Como já mencionado, os requisitos para a intervenção do *amicus curiae* perante a Suprema Corte de Justicia de La Provincia de Buenos Aires encontram-se descritos na Acordada 28/04.

*espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces*⁶⁷⁷.

Ainda que a legitimidade do instituto democrático do *amicus curiae* possa ser extraída do sistema processual brasileiro, mormente das normas processuais constitucionais⁶⁷⁸, que recebem influxos diretos dos valores democráticos do Estado constitucional, sua positivação e regulamentação tem uma importância política e prática, com o fim de sacramentar esta figura processual democrática, tornando-a, de forma definitiva, parte do devido processo legal.

Nesta linha, verificam-se propostas concretas de inserção desta figura processual de forma expressa nos processos coletivos em geral. Entre eles, pode-se citar o Projeto de Lei 5.139/2009⁶⁷⁹, que prevê a intervenção deste terceiro, em qualquer tempo e grau do procedimento.

Por fim, importante mencionar a abordagem do *amicus curiae* no Anteprojeto de Lei que instituiu o procedimento especial para o controle e intervenção das políticas públicas, de coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, contempla no parágrafo único do artigo 7º do referido diploma previsão expressa da intervenção do *amicus curiae*⁶⁸⁰.

Em linha de conclusão, pode-se afirmar que este instituto democrático deve ser pautado não pela natureza processual do instrumento, mas pelo Direito substancial a ser deliberado. Se o conteúdo sociológico qualifica-se por sua reconhecida importância política e social, mormente quando tem efeitos espraçados, diante da característica subjetiva da transindividualidade, não há razão para negar a sua intervenção, que tem reconhecida potencialidade democrática e plural.

⁶⁷⁷ BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas...* cit., p. 64.

⁶⁷⁸ “Os institutos da audiência pública e do *amicus curiae*, mesmo sem previsão legal ampla, podem ser extraídos do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, prevista no art. 5º, XXXV, da CF”. (CAMBI, Eduardo *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* cit., p. 378)

⁶⁷⁹ No artigo 22 do substitutivo projeto de lei, autoriza a manifestação do *amicus curiae* através das audiências públicas: “Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial”.

⁶⁸⁰ “Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do ‘*amicus curiae*’, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente”.

E, por fim, se o instrumento é processualmente coletivo e o direito material qualifica-se pela correção ou implementação de uma política pública, o instituto do *amicus curiae* torna-se um instrumento valioso para franquear os contornos efetivamente democráticos que se exige do processo nos dias atuais.

4.4 Conclusões parciais

A reflexão sobre o papel político exercido pelas instâncias jurisdicionais no controle de políticas públicas, e demais questões de interesse social, exige transformações do direito processual, seja no que diz respeito à técnica processual para solucionar questões pertinentes à coletivização de seus efeitos, o que se faz por meio da tutela coletiva, garantindo, assim, a participação *pelo processo*, seja no que se refere acerca da possibilidade de participação desta coletividade *no processo*.

Com o objetivo de apresentar respostas condizentes com a carga democrática ínsita aos direitos fundamentais, exigem-se que os institutos processuais sejam permeados por um conteúdo socializante, franqueando oportunidade para que os integrantes da coletividade possam influenciar o órgão julgador, trazendo ao debate novos fatos e fundamentos ao deslinde da controvérsia e ainda qualificando o debate por meio de informações técnicas e de alta complexidade e especificidade.

A preocupação com o conteúdo democrático dos institutos inicia-se logo com a postulação da ação coletiva em juízo pelos legitimados legalmente eleitos. Estes, enquanto representantes de uma coletividade plural e diversificada, devem demonstrar que, antes de se inclinarem e defenderem por meio do processo coletivo determinada opção política, têm o dever de estabelecer, juntamente com seus representados, uma relação dialética, de modo que os elementos objetivos da demanda sejam decorrentes de um debate essencialmente democrático, distanciando-se, assim, da arbitrariedade arraigada no subjetivismo do ente legitimado. Para tanto, o controle *ope judicis* da representatividade adequada se faz ferramenta imprescindível para garantir que o modelo representativo seja legítimo e funcione como verdadeiro porta-voz dos anseios sociais.

Perfilhando os valores da democracia participativa, a técnica processual pode ofertar ainda a possibilidade de que representantes da sociedade civil participem diretamente das ações de massa, ampliando o debate entre os sujeitos processuais formais.

Esta participação no processo pode se dar por meio das audiências públicas, instituto democrático já conhecido pelos demais Poderes, e que também podem produzir resultados positivos no âmbito jurisdicional, diante de sua inegável abertura à participação popular. A valorização destas manifestações está justamente em possibilitar que, aqueles que se utilizam dos serviços e produtos ofertados pelo Poder Público na consecução dos direitos fundamentais, possam apresentar seus pontos de vista a partir de uma realidade vivenciada, que o conhecimento especializado muitas vezes não consegue vislumbrar.

Por fim, com esboço na eficácia do Direito comparado, o *amicus curiae* intervém no processo coletivo para qualificar o debate através da oportunidade de manifestação de um auxiliar do juízo, que atua com o precípuo objetivo de colimar ao escorreito provimento jurisdicional. Trata-se de mecanismo processual participativo da sociedade civil, que possibilita o alargamento da discussão do interesse público e social e a pluralização da interpretação das normas constitucionais, que, para além dos conhecimentos jurídicos, exige a convergência de outras Ciências na descoberta do verdadeiro valor das normas constitucionais.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, institucionalizado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, promoveu a revisitação das bases políticas, sociais e jurídicas de nosso País.

Neste novo contexto, a cláusula da dignidade da pessoa humana torna-se fundamento da República Federativa do Brasil e, portanto, elemento decisivo na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

O Estado, por intermédio de todas as suas funções, vincula-se ao comprometimento ético da promoção da pessoa humana, responsabilizando-se em resguardar todo o espectro de direitos e garantias que se relaciona a este núcleo irreduzível da dignidade, irradiador dos demais princípios constitucionais.

Descortina-se, deste modo, a insuficiência da preservação apenas dos denominados direitos de liberdade ou direitos de defesa, que sustentavam as bases normativas do Estado Liberal. A ideologia do Estado constitucional de direitos fundamentais subjaz na cláusula da igualdade substancial, e, desse modo, visa a franquear cidadania social ao indivíduo, preocupando-se também com os direitos que integram a solidariedade. Estes últimos passam a receber o importante reconhecimento de que também são imprescindíveis para a garantia de uma participação política plena ao indivíduo.

No entanto, mesmo estando sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, constata-se estar ainda arraigado nos discursos dos poderes estatais a concepção de que os direitos de liberdade detêm eficácia jurídica plena, o que não se constata em relação aos direitos sociais. Insistem os Tribunais na dicotomia entre estas duas modalidades de direitos, utilizando-se do argumento de que os direitos sociais demandam custos para a sua implementação, o que não ocorre com os direitos de liberdade.

Demonstrou-se que este discurso traveste-se de uma ideologia alinhada aos resquícios do Estado Liberal. Isso porque todos os direitos, para tornarem-se plenos, demandam custos para a sua proteção pelo Poder Público. Portanto, quando se está em

pauta a judicialização de direitos sociais, imprescindível um diálogo franco e transparente sobre os reais custos dos direitos, despedido de concepções preconcebidas e que não mais se ajustam ao modelo do Estado que os preceitos constitucionais atuais instituíram.

No esteio dos novos paradigmas introduzidos pelo contexto político do Estado Democrático de Direito, está o elemento de participação popular na esfera de deliberação das importantes decisões sobre os destinos do Estado.

A abertura do texto constitucional inicia-se com o enunciado de que *todo poder emana do povo*, erigindo a cláusula da soberania popular a *status* normativo e, portanto, transformando o conceito de democracia no mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa do Estado contemporâneo.

Com vistas a superar a democracia meramente formal do Estado burguês, condiciona-se a legitimidade das decisões estatais ao estabelecimento de um diálogo horizontal e inclusivo dos cidadãos.

A democracia representativa, a despeito de ainda manter-se como modelo hegemônico, justificado pelo contexto das democracias de larga escala, deve ser permeada por novos procedimentos de democracia participativa, que garantam a articulação concreta do cidadão para que este possa integrar o procedimento de construção das políticas delineadas pelos Estados e fiscalizar os atos praticados pelos governantes.

Há dispositivos expressos na Constituição Federal que determinam a participação popular nos assuntos de largo interesse político e social, denotando-se o comprometimento do novo modelo de Estado com o redimensionamento do conceito de democracia.

Não obstante, novas práticas, frutos de experiências exitosas dos Poderes Públicos e que tenham o mérito de garantir, de forma efetiva, a participação da sociedade, são bem-vindas como maneira de garantia a emancipação política da sociedade.

Este vetor participativo também terá seus efeitos irradiados perante a jurisdição, uma vez que esta se insere como uma das formas de exteriorização do Poder

estatal. As consequências serão sentidas no processo, pois este é o instrumento pelo qual se exterioriza o poder da jurisdição.

Sob este prisma, a história nos revela que o processo civil, enquanto produto cultural, é diretamente influenciado pela ideologia estatal de cada momento histórico.

Neste passo, o processo jurisdicional deve se alinhar com os valores participativos impostos pelos princípios constitucionais, modelando os seus atos, de modo a torná-lo verdadeiro instrumento de participação no Poder.

Para o cumprimento deste mister, inicialmente a atenção deve ser voltada ao aprimoramento dos mecanismos que permitam um amplo acesso à justiça, mormente para a população mais carente. Não obstante, a inserção da própria comunidade na Administração da Justiça, a exemplo da função de conciliador dos Juizados Especiais, tem seus benefícios sentidos diante da maior aderência à realidade social do sistema de Justiça. Os equivalentes jurisdicionais, como arbitragem, mediação, conciliação, como visto, também se mostram canais legítimos de distribuição de Justiça e de pacificação social. Por fim, o contraditório revela-se como a garantia mais representativa deste novo modelo democrático. A proposta é franquear-lhe dimensão mais ampla, de modo a proporcionar um diálogo inclusivo e aberto, concorrendo para uma escorreita deliberação judicial.

Esta dimensão participativa do processo ganha reais contornos quando o seu objeto versa sobre o controle de políticas públicas. Para a melhor compreensão a respeito da legitimidade do Poder Judiciário intervir nesta seara, foram declinadas algumas premissas.

Inicialmente, traçou-se uma evolução histórica do modelo político e jurídico vigente no Estado Liberal até o contexto atual. Diversamente do modelo liberal, o Poder Judiciário, no estágio atual, torna-se copartípe das mais importantes decisões sobre os destinos do Estado. Posiciona-se, assim, como um importante Poder que também se direciona a alcançar os objetivos traçados pela Carta política.

Neste sentido, a função jurisdicional pode ser provocada a deliberar sobre os critérios de distribuição de recursos comuns, seja por intermédio da revisão ou da implementação de um programa governamental, ou seja, de uma política pública. Mas esta atuação não é incondicionada. Ao contrário, devem-se observar rigorosos critérios

para que não se torne uma intromissão indevida na função dos demais poderes, Executivo e Legislativo, pois cabe-lhes, em um primeiro momento, o poder-dever de delinear os meios para a consecução dos direitos fundamentais.

As políticas públicas integram a dimensão do poder discricionário da Administração Pública. Assim, o gestor público, em razão de sua legitimidade representativa, é dotado de liberdade para escolher entre as legítimas opções postas no sistema. Deve-se reconhecer que os conceitos jurídicos indeterminados que conformam determinadas normas constitucionais e legais também integram o espectro da discricionariedade administrativa. Com isso quer-se dizer que é legítimo ao administrador exercer um poder volitivo de escolha entre opções legítimas que possam ser extraídas de princípios constitucionais, ainda que na dimensão da incerteza inerente à baixa densidade normativa.

Todavia, assim como todo poder-dever estatal, esta liberdade não é absoluta. A atuação do administrador público tem seus limites impostos pela identificação do espectro razoável de interpretação da norma, sendo certo que esta última função incube ao poder jurisdicional. Ultrapassada esta fronteira, é dever do Poder Judiciário intervir para cessar a violação ao direito e restabelecer a observância do ordenamento jurídico. Em síntese, é atribuição do Poder Judiciário delimitar a dimensão razoável de interpretação da norma, utilizando-se da técnica argumentativa e racional que informam a técnica da ponderação.

Portanto, a harmonia entre os Poderes está em delimitar a exata dimensão das funções estatais. No caso das políticas públicas, o equilíbrio está em dar contornos certos ao significado do conteúdo da discricionariedade administrativa e da interpretação jurisdicional.

Neste trabalho, preocupou-se ainda com a identificação do modelo processual adequado para a discussão jurídico-política.

Os processos coletivos despontam no ordenamento jurídico brasileiro como *locus* para o exercício da democracia participativa. Desvinculado dos limites estreitos inerente ao modelo processual individual, o denominado microsistema processual coletivo promove uma revolução no conceito de legitimação de agir, autoriza a dimensão ampla do objeto processual, redimensiona os efeitos da coisa julgada, de

modo a moldar um instrumento plural, capaz de municiar o Poder Judiciário de um potencial efetivo a intervir nas questões de alta relevância política e social.

Malgrado o notável arcabouço legislativo que rege o direito processual coletivo atual, a doutrina aponta a necessidade de avançar ainda mais, de modo a aprimorar os atos processuais para que estejam rente à realidade social e sirvam aos reais propósitos do direito material. Esta exigência torna-se ainda mais rigorosa quando o que está em pauta é o controle de políticas públicas, de modo a afastar qualquer falha perpetrada pelo Poder Judiciário, o que irá concorrer para acirrar ainda mais as iniquidades sociais.

Com o escopo aprofundar o perfil democrático dos processos coletivos que veiculam o controle de políticas públicas foram propostos, neste trabalho, três novos institutos a integrar a dinâmica processual. O primeiro deles refere-se ao controle *ope iudicis* da representatividade adequada do legitimado coletivo. O objetivo é outorgar ao Poder Judiciário o poder-dever de aferir se o legitimado atua como um verdadeiro porta-voz dos substituídos.

Defende-se assim que o órgão julgador deve ser autorizado a apreciar se os elementos objetivos que qualificam a ação proposta foi previamente debatido com a sociedade, destinatária das políticas públicas que se visa a retificar ou implementar. Portanto, diante da importância social dos bens em discussão, e, considerando que o resultado da demanda pode vincular uma sociedade ou uma dada comunidade, o controle judicial da representatividade política do legitimado passa a ser um instrumento para afastar arbitrariedades do exercício de poder, evitando que condicione a população às deliberações pessoais e isoladas do legitimado.

Outro importante mecanismo apto a alargar a cláusula do contraditório e, em última análise, a participação popular perante o Poder Judiciário, é a audiência pública, instituto que já integra os procedimentos dos demais Poderes estatais e também, recentemente, mostrou-se um mecanismo eficiente perante o Superior Tribunal Federal.

As audiências públicas proporcionam que o debate em torno das políticas públicas seja informado pela característica democrática e plural, seja por intermédio das importantes considerações de especialistas de outras Ciências, seja em razão da importância da discussão útil com os cidadãos, que são os verdadeiros destinatários das políticas governamentais.

Por fim, destacou-se a importância do *amicus curiae*. Instituto de matriz democrática, que ganhou prestígio no sistema norte-americano, espalhando-se aos demais países ocidentais.

No Brasil, o instituto recebe previsão expressa nos procedimentos relacionados às ações de controle concentrado de constitucionalidade. Sua *ratio* tem fulcro em uma visão republicana e democrática de interpretação dos preceitos constitucionais.

Em razão da complexidade multidisciplinar da temática que envolve as políticas públicas, defendeu-se que o *amicus curiae* revela-se um importante instrumento, apto a auxiliar o órgão julgador na difícil tarefa de identificar as arbitrariedades cometidas pelos demais Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conselho Editorial, 2011.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos sociales como derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno. In: SALOMÃO, George; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

ACHARYA, Arnab; LAVALLE, Adrián Gurza; CALDEIRA, Teresa. Atores da sociedade civil e atores políticos: participação nas novas políticas democráticas em São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas – dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005.

AITH, Fernando. Políticas públicas de estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo – PUCSP, Curso de Ciências Sociais, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública revisitada: a reconstrução de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. I. São Paulo: RT, 2008.

_____. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Direitos das minorias*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Discrecionabilidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Amicus curiae e audiência pública no processo civil brasileiro: propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil*. Publicado em: 19 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria geral dos atos administrativos. Uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e a política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARMELIN, Donaldo. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVRITZER, Leonardo; RECAMÁN, Marisol; VENTURINI, Gustavo. O associativismo na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

AVRITZER, Leonardo; SOUZA, Boaventura dos Santos. Introdução. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Reinventar a Emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (coords.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (coord.). *Temas de direito constitucional*. t. II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 23, p. 65-78, São Paulo, RT, 1998.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAZAN, Victor. El amicus en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones constitucionales*, n. 12, ene./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst12/CUC1202.pdf>> Acesso em: 29 de novembro de 2012.

BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental. *RePro*, n. 62, p. 61-78, São Paulo, RT, 1991.

BENTES, Fernando R. N. M.; HOFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: Reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. In: *RePro*, n. 190, p. 37-70, São Paulo, RT, dez. 2010.

_____. Fundamentos y tendencias actuales em el desarrollo del derecho procesal civil de las políticas públicas. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 3, p. 46-74, sept./dec. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=24&embedded=true> Acesso em: 11 de dezembro de 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estatal. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 1, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Estado, governo, sociedade; para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa* por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL JR., Samuel Meira. O *enforcement* das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica da análise de políticas públicas. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: Reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 134-144, São Paulo, Malheiros, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae*. Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *RePro*, n. 82, p. 92-151, São Paulo, RT, 1996.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 14, Salvador,

jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf>

Acesso em: 03 de janeiro de 2013.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública. Instrumento de educação democrática. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002.

_____. MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. O novo procedimento-modelo alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador, 2009.

_____. Os efeitos processuais das audiências públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 13, p. 1-17, Bahia, fev./mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 24 de outubro de 2012.

_____. Pelas asas do Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *RePro*, n. 117, p. 09-40, set.-out. 2004, São Paulo, RT, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1978.

CALDEIRA, Teresa; ACHARYA, Arnab; LAVALLE, Adrián Gurza. Atores da sociedade civil e atores políticos: participação nas novas políticas democráticas em São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *RePro*, n. 192, p. 13-45, São Paulo, RT, fev. 2011.

_____. Função social no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento Teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1991.

_____. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista da Usp*. n. 21, São Paulo, 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em: 15 de dezembro de 2012.

_____. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça*: ensaio sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídicas. São Paulo: RT, 1995.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional*: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CAMPOS, Fernanda. O Ministério Público como ator político na implementação de políticas públicas uma sociológica. In: VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção. O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade. Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In:

CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *RePro*, n. 5, p. 128-159, São Paulo, RT, jan./mar. 1977.

_____. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 7, v. 89, may 1976.

CHRISTIANSEN, Eric. C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a corte constitucional sul-africana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo. *Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a Abertura da interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, v. 1, n. 06, Porto Alegre, out./dez. 2004. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/477/Direito%20Publico%20n62004_Inocencio%20%20Martires%20Coelho.pdf?sequence=1> Acesso em: 02 de novembro de 2012.

COLLINS JR.; Paul. *Friends os the Court; examining the influence of the amicus curiae participation in U.S. Supreme Court Litigation*. Disponível em: <<http://www.psci.unt.edu/~pmcollins/LSR2004.pdf>> Acesso em: 13 de novembro de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Repensar a democracia. Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. O pensamento jurídico-filosófico de Chäim Perelman. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTES, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chäim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COSTA, Susana Henrique da. O controle judicial da representatividade adequada. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; DARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

CRETELLA JR., José. Teoria dos atos do governo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 95, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181774/1/000432237.pdf>> Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; DARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. O *amicus curiae* e os outros sujeitos do processo. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo *et. al.* *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *“Class action” e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA JR., Dirley. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito pública prevista no parágrafo único do artigo 5º da Lei 9.469/97. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr; USTARROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. Afirmção do amicus curiae no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência pública como direito de participação*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/Noticia/1080/audiencia-publica-como-direito-de-participacao>> Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DAMASCENO, Kleber Ricardo; CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *RePro*, n. 192, p. 13-45, São Paulo, RT, fev. 2011.

DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 38, n. 3, p. 726-740, Milão, Giuffrè Editore, 1984.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da adequação jurisdicional no processo coletivo. Benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara *et. alii.* (orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; _____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____; _____. *Curso de direito processual civil*. v. IV. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. A intervenção judicial do conselho administrativo de defesa econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/94) e da comissão de valores mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/76). *RePro*, n. 115, p. 151-163, São Paulo, RT, mai./jun. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Discrecionalidade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 128-139, São Paulo, Editores Malheiros, 1993.

DOWBOR, Monika; HOUTZAGER, Peter; SERAFIM, Lizandra. *Enfrentando os desafios da representação em espaços participativos*. São Paulo: CEBRAP: IDS, 2008. Disponível em:

<<http://www.cebrap.org.br/v1/upload/pdf/enfrentando%20os%20desafios%20da%20representacao.pdf>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea: 1973.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. I. Madri: Editorial Civitas: 1997.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. Revista USP, n. 21, mar./abr./mai. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/05-joseeduardo.pdf>> Acesso em: 27 de dezembro de 2012.

_____. A definição de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil de interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: RT, 1992.

FELDMAN, Fábio. Ação civil pública: fator de mobilização social. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

FERRAZ, Marcos Bosi. *Dilemas e escolhas do sistema de saúde*. São Paulo: Medbook, 2008.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERREIRA, Rafael Silva; OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; MELO, Pedro J. Costa. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Gizamento constitucional e legal. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 11, Salvador, ago./set./out. 2007. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>> Acesso em: 20 de setembro de 2012.

FIORIOLO, Celso Antônio Pacheco. *A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública*. Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. A representatividade adequada nos processos coletivos. (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade São Paulo – FADUSP, 2010.

FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Pontos nervosos da tutela coletiva: Legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRONTINI, Paulo Salvador. A ação civil pública em tutela dos direitos difusos: condições da ação. Indagação sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processo coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES JR., Luiz Manoel. Ações coletivas e intervenção de terceiros. In: DIDIER, Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

_____. Ação civil pública e o ressurgimento da cidadania: realidade e perplexidade: dos direitos difusos às obrigações difusas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GENRO, Tarso. *Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=98>> Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países do direito escrito. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Mexico: Editorial Porrúa, 2003.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito, *RePro*, n. 111, p. 192-208, São Paulo, RT, jul./set., 2003.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *RePro*, n. 108, p. 61-70, São Paulo, RT, 2002.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=98>> Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. In: VILLELA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *Amicus curiae* e sua função nos processos objetivos. necessidade de universalização do instituto para outras demandas. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

_____; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas e intervenção de terceiros. In: DIDIER, Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ações coletivas e intervenção de terceiros. In: DIDIER, Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. 9. ed. t. 2. *La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Ayres: FDA, 2009. Disponível em: www.gordillo.com.br. Acesso em 10 de julho de 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constitucional de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watababe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____.; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____.; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O Processo: estudos e pareceres*, São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo: estudos & pareceres*, São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *RePro*, n. 97, p. 9-15, São Paulo, RT, 2000.

_____. *A marcha do processo*. São Paulo: Forense, 2000.

_____. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Universitária Forense, 1989.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org). *Processo coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GUIMARÃES, Juarez. As culturas brasileiras da participação democrática. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Significado dos direitos fundamentais*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Trad. Carlos dos Santos Almeida.. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

HOUTZAGER, Peter; SERAFIM, Lizandra; DOWBOR, Monika. *Enfrentando os desafios da representação em espaços participativos*. São Paulo: CEBRAP: IDS, 2008. Disponível em:

<<http://www.cebrap.org.br/v1/upload/pdf/enfrentando%20os%20desafios%20da%20representacao.pdf>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

IZAIAS, Rafael Silva. A legitimação do estado democrático de direito na modernidade periférica: uma observação a partir do caso brasileiro. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A teoria da tópica jurídica em Theodor Viegweg. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo

de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chäim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAVALLE, Adrián Gurza; CALDEIRA, Teresa; ACHARYA, Arnab. Atores da sociedade civil e atores políticos: participação nas novas políticas democráticas em São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Neoconstitucionalismo: la audiència pública como instrumento de democratización de las jurisdicción constitucional y su efectividad em el fallo del supremo tribunal federal brasileño respecto al derecho a la salud*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/230.pdf>> Acesso em: 15 de setembro de 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEITE, Glaucio Salomão. Supremacia judicial, direitos fundamentais e democracia: o controle judicial das leis na encruzilhada? In: SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel; LEITE, George Salomão (orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: RT, 2011.

_____. Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas ações coletivas. In: BEDAQUE, José dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A participação política das minorias no estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (coords.). *Democracia, direito e política: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 23-33, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1994.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processo coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa dos direitos difusos e 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 2004.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002.

MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alli* (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Processo de conhecimento*. v. 1. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Jus Navigandi, ano 11, n. 1161. Publicado em: 05 de setembro de 2006, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>> Acesso em: 20 de dezembro 2012.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS JR., Wallace Paiva. Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Introdução. *Princípios gerais do direito administrativo*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Pedro J. Costa; FERREIRA, Rafael Silva; OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos

direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. São Paulo: Fórum, 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ação civil pública: desafios, perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

_____. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9.868/99: processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>> Acesso em: 14 de outubro de 2012.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha; BASTOS, Celso Ribeiro. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. Ação civil pública, instrumento indutor da sustentabilidade. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

_____. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: Do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de

Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. A ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código de Buzaid. *RePro*, n. 183, p. 165-194, São Paulo, RT, mai. 2010.

MONTENEGRO FILHO, Soraya Regina Gasparetto Lunardi. Importância da ação civil pública no panorama da abarrotada justiça brasileira: vicissitudes e perigos da ação em estudo. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado e democracia: onde está o povo? In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (coords.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conselho Editorial, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição de 1988. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Comentários ao código de processo civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A revolução processual inglesa. In: *Temas de direito processual*. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

MULLENIX, Linda; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2010.

NÁPOLI, Andrés; VEZZULLA, Juan Martin. *El amicus curiae em las causas ambientales*. Disponível em <http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>> Acesso em: 06 de agosto de 2012.

NERY, Rosa Maria Andrade; NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

NERY JR., Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*. São Paulo: RT, 1995.

_____. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%2020formatado.pdf>> Acesso em: 22 de outubro de 2012.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; MELO, Pedro J. Costa; FERREIRA, Rafael Silva. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro: amigo da corte ou sujeito parcial do processo? In: DIDIER, Fredie *et. all.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 271-281, Brasília, Senado Federal, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/280/4/r135-31.pdf>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2012.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos sociais fundamentais*. (Dissertação de Mestrado). Curitiba: Faculdade Federal do Paraná, Curso de Direito, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf?sequence=1>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos*. Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “harabi”? In: <http://www.franciscoverbic.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=97&lang=pt> Acesso em: 03 de janeiro de 2013.

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

PASCHOAL, Maximilian Fierro. *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira: lei da ação civil pública e código de defesa do consumidor*. (Dissertação de Mestrado) São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2007.

_____. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PASSOS, Jose Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Conceito de interesse público e crítica de sua legitimidade: futuro da ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: : revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae: intervenção de terceiros. *Repro*, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrática: controle e participações como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Institutos de participação popular na administração pública. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BARÇA, Érica Paula (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES, Kassius Diniz da Silva. Lógica e hermenêutica do direito à luz do modelo tópico-retórico: história e implicações. In: PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ,

Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira (coords.). *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaim Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

PONTES FILHO, Valmir. O controle de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto; DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr; USTARROZ, Daniel. Afirmção do amicus curiae no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez, 2007.

QUEIRÓZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978.

RECAMÁN, Marisol; VENTURINI, Gustavo; AVRITZER, Leonardo. O associativismo na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

ROCHA JR., Paulo Sérgio Duarte da. Controle jurisdicional de políticas públicas. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2008.

RODRIGUES, Maria Elena. Os direitos sociais na constituição. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coords.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Boaventura dos Santos. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____.; AVRITZER, Leonardo. Introdução. In: SOUZA, Boaventura dos Santos (coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SALLES, Carlos Alberto. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara *et alii* (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Ações coletivas: Premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Solange Teles; NUSDEO, Ana Maria (coords.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.

_____. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Políticas públicas e legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos. *RePro*, n. 121, ano 30, p. 38-50, São Paulo, RT, 2005.

_____. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz (coords.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SERAFIM, Lizandra; DOWBOR, Monika; HOUTZAGER, Peter. *Enfrentando os desafios da representação em espaços participativos*. São Paulo: CEBRAP: IDS, 2008. Disponível em:

<<http://www.cebrap.org.br/v1/upload/pdf/enfrentando%20os%20desafios%20da%20representacao.pdf>> Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, São Paulo, RT, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (coords.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

TARIN, Denise. *A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas*. Ministério Público e políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como amicus curiae. *RePro*, v. 690, ano 82, p. 286-287, São Paulo, RT, abr. 1993.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O poder judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: LOBO, Ricardo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. v. V. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

USTARROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto; DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Afirmação do amicus curiae no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coords.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Processo coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURINI, Gustavo; AVRITZER, Leonardo; RECAMÁN, Marisol. O associativismo na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

VERBIC, Francisco; OTEIZA, Eduardo. *La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos*. Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “harabi”? In:

<http://www.franciscoverbic.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=97&lang=pt> Acesso em: 03 de janeiro de 2013.

_____. *Propuesta para regular la figura del amicus curiae em la provincia de Buenos Aires*. Disponível em:

<<http://www.franciscoverbic.com.ar/images/stories/articulos/11%20propuesta%20para%20regular%20el%20amicus.pdf>> Acesso em: 14 de agosto de 2012.

VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular em el control de la justicia: el proceso por audiência pública. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

VEZZULLA, Juan Martin; NÁPOLI, Andrés. *El amicus curiae em las cusas ambientales*. Disponível em: <<http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>> Acesso em: 06 de agosto de 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIGORITI, Vincenzo. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; DIDIER JR., Fredie. Princípio da adequação jurisdicional no processo coletivo. Benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI,

Maria Clara *et. alii.* (orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAVASCKI, Teoria Albino. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2008.

ZIEGLER, Jean. *Direito humano à alimentação adequada*. Prefácio. IN: PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Heaven: Yale University Press, 1987.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: Milaré, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Ação civil pública: Judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Amicus curiae*. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Gusmão Carneiro. São Paulo: RT, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2009.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas. “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada

Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. v. II., Processo Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; MULLENIX, Linda; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

_____ et alii. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Processo civil de interesse público. Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas. Juizado especial de pequenas causas*. WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: RT, 1985.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.