

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

MARCOS ANTONIO TAVARES MARTINS

**OS LIMITES DECISÓRIOS NAS AÇÕES COLETIVAS VOLTADAS AO
ATENDIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS**

Brasília
2016

MARCOS ANTONIO TAVARES MARTINS

**OS LIMITES DECISÓRIOS NAS AÇÕES COLETIVAS VOLTADAS AO
ATENDIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador Professor: Dr. Jefferson Carús Guedes.

Brasília
2016

MARCOS ANTONIO TAVARES MARTINS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador Professor: Dr. Jefferson Carús Guedes.

**OS LIMITES DECISÓRIOS NAS AÇÕES COLETIVAS VOLTADAS AO
ATENDIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS**

Brasília/DF, 29 de junho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jefferson Carús Guedes, Dr. Orientador

Prof. Antonio Henrique Graciano Suxberger, Dr. Examinador

Prof. Vallisney de Souza Oliveira, Dr. Examinador

Dedico esta dissertação à minha esposa e ao meu filho Mateus; aos meus pais Antonio Alves e Maria Helenita; ao Professor Jefferson Carús Guedes pelo talento, dedicação ao ensino e apoio desde o incentivo no ingresso no programa de mestrado até a conclusão desta pesquisa.

RESUMO

Nesta dissertação analisar-se-á os limites decisórios nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, a importância destas ações e o reflexo na tutela jurisdicional, avaliando, como aspecto central, a forma de atuação do juiz, considerando a natureza e a singularidade que norteiam os direitos envolvidos nestas demandas judiciais. O direito material, cada vez mais, se volta à defesa de pessoas necessitadas e dos direitos sociais, impondo limites à autonomia da vontade, o que fixa a necessidade de um exame acurado sobre o papel do Poder Judiciário e sua atuação na outorga, quando provocado, dos direitos sociais a coletividade que os reclama. Neste sentido, pretende-se tratar algumas características destas ações, seu conceito, legitimação, natureza e finalidade, bem como um breve histórico sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais e verificar como a cognição judicial pode ser ampliada nos processos coletivos que visa o atendimento de direitos sociais ou sua correção. Ademais, haja vista que ao Poder Público cabe a obrigação primeira de cumprimento dos direitos sociais, os exteriorizando, no mais das vezes, por políticas públicas como demandas da cidadania, abordar-se-á sua definição e a possibilidade do Poder Judiciário outorgá-las, quando ausentes, e/ou corrigi-las, quando equivocadas ou ineficientes. Ao tempo que o resultado do estudo sinaliza pela ampliação da cognição judicial e dos poderes decisórios do juiz, inclusive à luz do Código de Processo Civil de 2015, apresentar-se-á critérios limitadores da sua atuação uma vez que não pode atuar sem balizas e desprendido da lei; ao contrário disto, deve alinhar e balancear suas ações, de forma fundamentada, a partir de princípios e institutos processuais. Isto a fim de também contribuir com a maior efetividade destas demandas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Ações coletivas. Políticas Públicas. Poderes decisórios. Critérios limitadores.

ABSTRACT

This thesis will analyze the decision-making limits on collective actions aimed at meeting the fundamental social rights, its importance and the reflection in the judicial protection, assessing, as a central aspect, the limits the judge, considering the nature and uniqueness that guide the rights involved these lawsuits. The right, increasingly turns to the defense of people in need and social rights by imposing limits on the autonomy of the will, which sets the need for a careful examination of the role of the judiciary and its role in the granting, when provoked, social rights collectivity claiming them. In this sense, we intend to address some features of these actions, its concept, legitimation, nature and purpose, as well as trace a brief history of the legal enforceability of social rights and check how the judicial cognition can be expanded in collective processes aimed at service social rights or their correction. Moreover, given that the Government bear the primary obligation to comply with social rights, externalizing, in most cases, by public policies and demands of citizens, will be addressed-definition and the possibility of the judiciary bestow them when absent, and \ or correct them when wrong or inefficient. At the time that the result of the study showed that the expansion of judicial cognition and decision-making of the judge powers, including the light of the Code of Civil Procedure of 2015 will be presented-limiters criteria of judicial action since it will not be the judge authorized to act without unfastened the law; on the contrary it should align and balance your actions, justifiably, from principles and procedural institutes. This in order to also contribute to the greater effectiveness of these demands.

Keywords: Fundamental social rights. Collective actions. Public policy. Decision-making powers. Limiting criteria.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA LITIGIOSIDADE	13
1.1. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais - Considerações conceituais e registros históricos	14
1.2. Os direitos sociais no Brasil até a Constituição Federal de 1988, seu conceito e eficácia	24
1.3. Exigibilidade judicial dos direitos sociais à luz da Constituição Federal de 1988	33
1.4. A tutela jurisdicional e a técnica processual como instrumentos de efetividade dos direitos sociais.....	39
CAPÍTULO 2 - AS AÇÕES COLETIVAS COMO ESPAÇO DE LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	46
2.1. A importância da tutela coletiva no cenário jurídico atual brasileiro	49
2.2. Definição de ações coletivas no sistema processual brasileiro.....	51
2.3. Condições e legitimação nas ações coletivas	53
2.4. Os direitos sociais como direitos metaindividuais – interesses aptos à tutela coletiva.....	59
2.5. Eficácia e alcance das sentenças nas ações coletivas	61
CAPÍTULO 3 - A ATUAÇÃO DO JUIZ NAS AÇÕES COLETIVAS QUE ENVOLVEM DIREITOS SOCIAIS	70
3.1. As políticas públicas como forma de execução pelo Estado dos direitos fundamentais sociais.....	72

3.2. Ampliação dos poderes decisórios e aplicação da tutela jurisdicional de forma diferenciada	78
3.3. Os limites decisórios – as salvaguardas contra os excessos.....	87
3.3.1. O princípio da proporcionalidade como critério limitador da atuação judicial	87
3.3.2. Outros parâmetros limitadores	90
3.4. Considerações sobre o tema à luz do Código de Processo de Civil de 2015 .	96
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	113

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios e dispositivos voltados à satisfação de direitos sociais. A origem destes direitos remonta o século XX e apareceram, nos textos normativos constitucionais, a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, e no Brasil, com a Constituição de 1934.

A importância e o alcance dos direitos fundamentais sociais integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância da ordem normativa, assegurando o exercício das liberdades e garantia da igualdade de chances, valores tão caros à democracia e ao Estado de Direito.¹

No Brasil a “Constituição-Cidadã” de 1988 fixou a verdadeira importância dos direitos fundamentais sociais, os outorgando expressamente no texto constitucional, o que apresenta um cenário de potencialização do viés social do direito, com foco na concretização dos valores da igualdade, liberdade e justiça. Como lembra Renato Franco de Almeida, da socialização do direito material, com vistas à defesa de pessoas necessitadas de formal geral e proteção dos direitos sociais, decorrem limites à liberdade contratual e a autonomia da vontade.²

Tal aspecto reflete diretamente no direito processual brasileiro que não deve caminhar em sentido oposto. Extraí-se daí o fio indutor que permite novas leituras do direito processual e seus princípios, a fim de melhor adequá-los aos comandos constitucionais impostos pela Constituição Federal de 1988, quando tais questões sociais, em demandas coletivas, são submetidas à apreciação do Judiciário.

O Direito Processual Civil, como instrumento de efetivação de direitos, não pode negar a eficácia dos direitos sociais e, para tanto, sofrer as devidas interpretações para o fim de atender as demandas da cidadania e os direitos que carecem de proteção social.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 62 – 63.

² ALMEIDA, Renato Franco de. *Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito*. Revista dos Tribunais Online, vol. 52, jul./2005. p. 227.

É essencial examinar os impasses e desafios tocantes à atuação do Poder Judiciário que, nos casos submetidos a julgamento, ao se deparar com os limites impostos pelas regras instrumentais, se vê impedido a cumprir os comandos sociais entabulados pela Constituição Federal em prol dos cidadãos haja vista os limites de julgamento impostos pelo sistema instrumental vigente.

O que se buscará defender neste trabalho é a proposta de melhor adequação do direito processual às disposições constitucionais relacionadas aos direitos de proteção social, circunstância que, inclusive, irradia efeitos a outras matérias e ramos do direito processual civil. A importância e o alcance do direito social posto à discussão permitem ao Poder Judiciário, ao julgar tais demandas, outorgar a tutela jurisdicional de forma diferenciada, adequada e efetiva.

É dizer, nestes casos, o campo decisório do julgador pode extrapolar a seara daquilo que foi efetivamente apresentado pelas partes, ultrapassando o interesse individual eventualmente suscitado, de modo a permitir ao Juiz, sob a perspectiva de ampliação dos seus limites decisórios, entregar de forma plena e satisfatória o direito social.

Analisar-se-á, neste cenário, como o Estado efetiva, por intermédio de suas ações e iniciativas, os direitos sociais. Assim, se buscará defender o conceito de políticas públicas, como ferramenta de cumprimento destes direitos e a possibilidade de controle judicial dos direitos envolvidos neste campo.

Ao tempo que se sustentará a tutela jurisdicional diferenciada, o trabalho, de outro tanto, não se descuidará de apresentar critérios objetivos limitadores da atuação judicial uma vez que, mesmo numa visão que permita ultrapassar o formalismo, é conveniente e necessário deixar patente as respectivas balizas que recaem nas ações do juiz.

No primeiro capítulo, se apresentará um breve panorama histórico e as linhas gerais dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988. Tratar-se-á da possibilidade de se pleitear judicialmente o cumprimento destes e da possibilidade do Judiciário outorgá-los. De igual forma, analisar-se-á como a importância do direito em debate, em razão do seu alcance e base constitucional, pode influenciar nos limites decisórios do Poder Judiciário, ampliando-os, servindo o processo, à luz da

técnica processual adequada, como instrumento para fins de assegurar os direitos fundamentais sociais.

No segundo capítulo estudar-se-á o processo coletivo, sua natureza, conceito e âmbito de aplicação, bem como sua importância como ferramenta na satisfação dos direitos sociais. O enfoque primordial será expressar porque a natureza do direito colocado sob apreciação do Judiciário, por intermédio do processo coletivo, justifica, quiçá faz necessário, quando se constata a procedência dos pedidos, o exame exauriente da questão em debate, o que acarreta a ampliação dos limites decisórios do Juiz.

Já no terceiro capítulo, avaliar-se-á a definição de políticas públicas enquanto instrumento de execução e cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Executivo, ao qual incumbe, num primeiro raio de ação, entregá-los e efetivá-los em favor da sociedade. Ademais, abordar-se-á a possibilidade de controle judicial das políticas públicas quando o Poder Público falha por ação ou omissão, total ou parcialmente, no atendimento destes direitos.

Tratar-se-á de maneira específica acerca dos limites decisórios e como o juiz pode, haja vista a relevância do direito social em discussão, aplicar a tutela jurisdicional de forma diferenciada e superar, ao menos em uma parcela destes casos, o mero interesse das partes (ampliação dos limites decisórios). Defender-se-á porque os poderes do juiz, ao julgar tais ações, são mais amplos de modo que satisfaça os direitos fundamentais sociais e os entregue de maneira mais efetiva e plena possível à coletividade que os reclama.

De outro tanto, apresentar-se-á, ainda neste capítulo, os critérios limitadores da atividade judicial decisória nestes casos, evitando-se uma atuação sem limites, abusiva e afastada da razoabilidade. Por fim, se dedicar-se-á atenção ao tema sob a ótica do novo Código de Processo Civil; se é possível, com base no aludido código, após as alterações advindas da Lei n.º 13.105/2015, a atuação judicial conforme a hipótese defendida.

A forma de pesquisa aplicada ao estudo será a revisão bibliográfica, com citações e fundamentos também extraídos de precedentes jurisprudenciais.

No que tange aos objetivos da pesquisa, o geral será identificar e analisar se a natureza do direito posto a apreciação judicial (referência aos direitos sociais), a partir de sua singularidade e alcance social, autoriza o juiz a proferir sua manifestação judicial da forma mais eficaz possível, estabelecendo o pleno cumprimento do direito – ampliação dos limites decisórios.

O escopo específico será identificar e analisar as discussões sobre a tutela jurisdicional no cenário jurídico brasileiro atual. Examinar as reflexões sobre direito e processo no sentido de que o segundo constitui uma ferramenta para o fim de dar plena efetividade ao primeiro. Avaliar o aspecto de que a técnica processual comporta uma visão menos formalista consoante à natureza, complexidade e abrangência social do direito colocado à discussão.

Se cotejará dados e informações visando avaliar a efetividade ou não das ações coletivas no atendimento das demandas da cidadania, além de investigar a tendência social do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual, bem como a existência de uma nova forma de classificação dos ramos processuais não-penais.

Partindo destes pressupostos, tem-se caracterizado o problema fundamental alvo da pesquisa: a baixa efetividade das ações coletivas deriva, dentre o mais, da inaplicabilidade e/ou interpretações divergentes quanto às soluções aplicáveis às mesmas ações que estão hoje presentes no sistema processual vigente e implícitas na legislação.³

Este é, em síntese, o escopo deste trabalho, que espera apresentar novos elementos à discussão acerca da postura do Judiciário na resolução das demandas desta natureza, no sentido de demonstrar que pode o Poder Judiciário julgar para além do apresentado pelas partes envolvidas, aplicando a técnica processual de maneira adequada às singularidades da demanda em avaliação, valendo-se, para tanto, de poderes instrutórios e de julgamento mais amplos do que aqueles que a visão essencialmente formalista impõe.

³ A respeito deste diagnóstico vide o relatório sobre a Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais (2007) elaborado pelo Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

A proposta, acredita-se, poderá servir como instrumento a fim de contribuir para aprimorar e melhorar a eficácia das ações coletivas de modo que tutela coletiva seja aplicada e orientada por uma vertente interpretativa diferenciada, e não pela lógica das ações individuais – ainda que essa seja uma visão que influenciou o sistema processual brasileiro.

CAPÍTULO 1 - EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA LITIGIOSIDADE

Compreender os direitos fundamentais sociais desde seu surgimento como direitos humanos, a sua relevância no contexto constitucional brasileiro, passado e atual, facilita a entendê-los como pressuposto do atendimento das necessidades individuais e coletivas.

Além do histórico, o exame do enquadramento constitucional e a importância dos direitos fundamentais sociais – sob o manto da Constituição Federal de 1988 – auxilia no debate democrático de observância, cumprimento e efetividade das garantias constitucionais outorgadas a sociedade.

Um das ferramentas de participação social é a exigibilidade judicial como forma de atuação do cidadão no exercício da prerrogativa de pleitear o respeito às leis e a Constituição Federal, na hipótese, os direitos fundamentais sociais.

O Poder Judiciário pode figurar, quando provocado e por intermédio dos instrumentos processuais adequados, como um dos indutores da participação social enquanto responsável pelo respeito ao sistema legal do Estado. Como se verá adiante, a ideia da importância e do significado constitucional dos direitos sociais se liga com a sua reivindicação pela coletividade (ações coletivas)⁴, fato que pode gerar um propulsor participativo ainda maior.

Neste contexto, surge a defesa de que o processo é um poderoso instrumento de efetividade dos direitos sociais e/ou de correção das políticas correlacionadas, tenha o Estado se omitido ou os implantados de forma insatisfatória/inadequada, e que o procedimento e a manifestação judicial comporta tratamento diferenciado pela judicatura.

⁴ Luiz Guilherme Marinoni ressalta que as ações coletivas são autênticas vias de participação popular; instrumentos ligados a ideia de democracia participativa ou de incremento da participação direta no poder e na vida social. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1.1. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais - Considerações conceituais e registros históricos

O exame do histórico sobre os direitos fundamentais (origem, natureza e evolução) é tema fascinante, complexo e extenso. Não se pretende aqui, diante do escopo do trabalho, esgotar aludido aspecto já que isso renderia, incontrovertidamente, uma outra dissertação a respeito. O escopo deste capítulo é abordar alguns aspectos históricos sobre os direitos fundamentais, perpassando sobre sua gênese nos direitos do homem, seu surgimento e evolução, influenciando, posteriormente, os direitos sociais, como dimensão daqueles, e sua previsão constitucional.

Os direitos fundamentais sociais serão tratados aqui como direitos humanos, reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um dado Estado. Ainda que se admita relativa controvérsia quanto a tal afirmação, partindo da diferenciação oriunda da discussão acerca da origem destes direitos,⁵ foi o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos que propiciaram a criação e/ou transformação, ao longo das fases históricas, com algum eventual retrocesso em certos períodos, dos direitos fundamentais.⁶

Outro pressuposto relevante referente à afirmação acima: os direitos fundamentais abarcam vários preceitos no ordenamento jurídico moderno, ocupando lugar de destaque dentro de sistemas constitucionais, limitando, inclusive, os poderes do Estado. Inseridos nos preceitos dos direitos fundamentais, estão incluídas as normas de direito fundamental, ainda que, como adverte Robert Alexy,⁷

⁵ Clovis Gorczewski e Leila Eliana Hoffmann Ritt, afirmam, ao comentar a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, o seguinte: “Efetivamente são direitos fundamentais aqueles positivados em constituições nacionais, exigíveis de uma determinada ordem jurídica. A diferenciação básica está quanto a origem destes direitos. Nosso entendimento, partindo do jusnaturalismo, é que direitos humanos são aqueles anteriores ao Estado. Não fizemos distinção entre a denominação clássica de “direito natural”, ligada a tradição aristotélica, estóico-romana e tomista e o jusnaturalismo racional representado principalmente por Grócio, Hobbes, Lockes e outros.” GORCZEWSKI, Clovis. et. al. O desenvolvimento sustentável e o meio-ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração. In: GORCZEWSKI, Clovis. (Org.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais/UNIISC*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 16.

⁶ Ibidem

⁷ Afirma: “Una definición según la cual, sólo son normas de derechos fundamentales las normas que confieren derechos subjetivos, podría tener como consecuencia que haya normas que, a pesar de haber sido establecidas por formulaciones de catálogo de los derechos fundamentales, no podrían

deve-se ter cuidado com a similitude entre o conceito de direito fundamental e norma de direito fundamental, a despeito das peculiaridades que as diferenciam.

Segundo o aludido autor, o reconhecimento de que as normas de direito fundamental são aquelas presentes no texto da Lei Fundamental, gera dois problemas: o primeiro, todo enunciado da Lei Fundamental expressa normas de direito fundamental, o que pressupõe um critério que permita classificar os enunciados da Lei Fundamental nos que expressam normas de direito fundamental e os que não, pois o conceito de norma de direito fundamental pode ser mais amplo do que o direito fundamental; o segundo, deriva da pergunta se as normas de direito fundamental da Lei Fundamental pertencem somente aquelas expressadas diretamente pelos enunciados da Lei Fundamental?⁸

Assim sendo, é possível afirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia por derivarem do texto constitucional, enquanto normas constitucionais, ainda que se admita que sua aplicabilidade dependa também de seu enunciado (a norma de direito fundamental é mais ampla).

Neste contexto, Robert Alexy enfatiza,⁹ a partir da teoria dos status de Georg Jellinek, a relação formada entre o indivíduo e o Estado (status passivo, negativo, positivo e ativo) no que concerne à classificação dos direitos fundamentais para destacar que tais direitos têm diferentes conteúdos e estruturas.

Isso ilustra, desde logo, a importância dos direitos fundamentais que admitem uma teorização, malgrado o alerta feito por Robert Alexy no sentido de que a teoria dos status de Georg Jellinek fundamenta tanto a força dos direitos fundamentais como sua fraqueza: “Su debilidad reside en el hecho de que ni siempre son claras ni las relaciones entre las posiciones elementares y los status ni las que se dan entre las diferentes posiciones elementares”.¹⁰

Os direitos humanos, anteriores ao Estado a partir da concepção do jusnaturalismo, serviram de alicerce para pavimentar a concretização dos direitos

ser llamadas normas de derecho fundamental. Esta terminologia parece inadecuada. Por ello, es aconsejable tratar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el de derecho fundamental.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. Carlos Bernal Pulido, 2007. p. 32.

⁸ Ibidem, p. 45 – 46.

⁹ Idem, p. 220.

¹⁰ Idem, p. 233.

fundamentais, estes existentes em função e sob a égide do Direito Positivo,¹¹ mesmo que essa positividade não resolva, e nem poderia, todos os seus problemas ou suas debilidades a exemplo daquela suscitada por Robert Alexy.

Dito isso, e antes, contudo, de se abordar a importância do constitucionalismo e da inserção dos direitos sociais, de forma expressa, em textos constitucionais, é salutar discorrer, acerca do nascimento e desenvolvimento, sob o prisma histórico (fases da antiguidade), dos direitos humanos,¹² a fim de se compreender como a humanidade reconheceu tais direitos e como isso auxiliou na estruturação contemporânea dos direitos sociais.

Indo numa linha histórica, para a origem dos direitos humanos, vistos como percussores dos direitos fundamentais, os estudiosos apontam, ao analisar a origem destes direitos, rudimentos de um trato universalista dos direitos inerentes aos seres humanos em textos remotos da antiguidade.¹³

Como formulou Norberto Bobbio, as regras imperativas, negativas ou positivas, que visavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas, auxiliaram a desenhar um mundo moral na Antiguidade com enfoque na proteção do homem em relação ao mal que um poderia causar ao outro; afirma que nos vêm à mente, como referência do mundo antigo a respeito, os Dez Mandamentos e outros exemplos de códigos e normas do passado.¹⁴

¹¹ RICHTER, Daniela. et. al. A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008. p. 70.

¹² Sobre o significado de direitos humanos cumpre invocar os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari: “Para entendermos com facilidade o que significam direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 13.

¹³ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

¹⁴ Afirma Norberto Bobbio: “Logo nos vêm à mente os Dez mandamentos, para darmos o exemplo que nos é mais familiar: eles foram durante séculos, e ainda o são, o código moral por excelência do mundo cristão, a ponto de serem, identificados com a lei inscrita no coração dos homens ou com a lei conforme a natureza. Mas podem-se aduzir outros inúmeros exemplos, desde o Código de Hamurabi até a Lei das doze tábuas. O Mundo moral, tal como aqui entendemos – como remédio ao mal que o homem pode causar ao outro –, nasce com a formulação, a imposição e a aplicação de mandamentos ou de proibições, e, portanto, do ponto de vista daqueles a quem dirigidos os mandamentos e as proibições, de obrigações. Isso quer dizer que a figura deontológica originária é o dever, não o direito.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52.

Sobre o histórico dos direitos humanos no mundo antigo, cabe destacar a importância do chamado período axial e seus desdobramentos, tido como uma época, entre os séculos VII e II a.c, responsável por formar o eixo histórico da humanidade: “Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.”¹⁵

No período Axial, se desenvolveu um referencial ético que reconheceu o ser humano como núcleo de valores universalmente reconhecidos, também existentes na antiga filosofia grega, circunstância que contribuiu na concepção de um direito superior, não idealizado pelos homens.

É de se mencionar, o que Fábio Konder Comparato denominou de a “proto-história” dos direitos humanos, o início de outra fase de reconhecimento dos direitos humanos, iniciada nos séculos XI e X a.c., quando se instituiu o reino unificado de Israel, sob o comando de Davi:

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a c. 963 a.C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.

Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da república romana.¹⁶

De outro tanto, o pensamento grego e romano, reconheceram o valor do homem e contribuíram para a construção de um direito natural. Em relação à atuação dos gregos e romanos na formação epistemológica dos direitos fundamentais, afirma Paulo Ferreira da Cunha:

A formação epistemológica do Direito inicia-se na Grécia clássica, com os trabalhos teóricos de Aristóteles, e vai ter o seu *ius redigere in artem*, o corte do nó górdio epistémico em Roma. A experiência

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

¹⁶ *Ibidem*, p. 53 – 54.

normativa e judicial grega vai, evidentemente, ajudar os Romanos, os quais substituirão a sofisticada não especializada e logógrafa dos tribunais helénicos, quantas vezes pasto da demagogia, por um processo estruturado, dirigido por um magistrado, o pretor, e criando especialistas para o das causas, os juristas. Evidentemente, tal nascimento autónomo do Direito não ocorreu como um deus ex *machina*, podendo detectar-se nos primórdios da normatividade em Roma muitos elementos religiosos, alguns dos quais ainda subsistiram, secularizados, até muito depois, como é o caso das fórmulas jurídicas, que tudo tem ritual. E as *leges regiae*, por exemplo, são de inegável cunho religioso, regulando, em boa medida, problemas de culto ou afins.¹⁷

Não obstante, ainda que a filosofia grega e romana tenha contribuído em relação à construção de um paradigma ético na conduta humana, a estrutura social daquelas culturas tinha forte influências de um sistema arbitrário, restritivo e supressor de direitos inerentes ao ser humano.¹⁸

De toda sorte, esses traços de proteção ao homem com fundamento no dever e não no direito, ainda que pouco lapidados, contribuiriam, como ideais, na formação dos direitos fundamentais.

É o que Ingo Wolfgang Sarlet convencionou de chamar de “pré-história” dos direitos fundamentais: ainda que se admita que não foi na Antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, não é possível desconsiderar que o mundo antigo, por intermédio da religião e filosofia, deixou-nos como herança ideais essenciais que, posteriormente, influenciaram diretamente o pensamento jusnaturalista de que o ser humano, em razão da sua existência, é titular de direitos naturais e inalienáveis.¹⁹

Outro período histórico, digno de menção, com traços embrionários claros de direitos humanos, diz respeito à Idade Média, que os historiadores costumam dividir em dois períodos, cuja linha de separação ocorre por ocasião do século XI ao XII,²⁰ surgido com o fim da democracia ateniense e a república romana.

¹⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Editorial Verbo, vol. II, 2000. p. 102 – 103

¹⁸ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26 – 27.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 38.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

Como menciona Fábio Konder Comparato, a denominada era da Idade Média adveio com a extinção do Império Romano do Ocidente, em 453 da era cristã, constituída: ... “pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos”.²¹

Com a instauração do feudalismo, a Alta Idade Média ficou marcada na Europa, pelo esfacelamento do poder político e econômico, o que começa a se alterar a partir do século XI, com um movimento de reconstrução da unidade política:

A partir do século XI, porém, assistiu-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinante, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam à nobreza e ao clero.²²

Neste período, despontaram valores relacionados à liberdade, já sinalizando um ensaio acerca dos direitos humanos. Não era, contudo, uma liberdade geral em benefícios de todos, mas liberdades específicas, em favor, em especial, do clero e da nobreza, com algumas concessões em benefício do povo.²³

A Europa medieval assistiu, entre o século XI e XIII, transformações técnicas importantes, na seara agrícola, na navegação, na vida comercial, o que contribuiria sobremaneira para a expansão do capitalismo e a revolução industrial. Tudo isso serviu para a conscientização dos riscos do poder absoluto, impondo limites ao arbitrário poder político, com a finalidade de garantir os negócios em franca expansão.

Não obstante tais liberdades pessoais serem dirigidas a determinadas classes, garantidas pelo *habeas corpus* e o *bill of rights*, registra-se que sem elas: “Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.”²⁴

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

²² *Ibidem*, p. 58.

²³ *Idem*

²⁴ *Idem*, p. 61.

Na análise das etapas históricas relacionadas à evolução dos direitos humanos, não se deve perder de vista que o Cristianismo, originado na vida e morte de Jesus de Nazaré e de seus ensinamentos, se desenvolveu, por intermédio da Igreja, concomitantemente a Idade Média, disputando o poder central, influenciando os valores humanos: “O cristianismo representou nova tentativa de evolução dos padrões éticos, ao sustentar a igual filiação divina de todos os homens.”²⁵

Portanto, os direitos humanos derivados do produto histórico da civilização ocidental, com raízes judaicas, greco-romanas e cristãs.²⁶ Sendo fruto histórico de diversos povos, que identificaram e trataram tais direitos, tem-se a importância destes direitos para humanidade.

A evolução para a Idade Moderna, sucedendo a idade média,²⁷ representou uma ampla revolução na esfera política, econômica, social e cultural no ocidente, caracterizando uma fase que Norberto Bobbio chamou de “Era dos Direitos”:

Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal do progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo – por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na Terra –, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa.²⁸

De outro tanto, as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII marcam o reconhecimento dos direitos civis e políticos nas Declarações de Direitos, sendo o direito à liberdade a alavanca das reivindicações. Norberto Bobbio, destaca três situações históricas que sinalizam a luta pelo estabelecimento do chamado Estado Moderno: Guerras Religiosas na França (século XVI); Guerra Civil e Revolução Pacífica na Inglaterra (século XVII); e Revolução Francesa (século XVIII).²⁹

²⁵ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Jefferson Carús Guedes ao tratar sobre a divisão histórico-política na qual vêm razoavelmente marcadas épocas ou períodos: “A periodização que considera a Tomada de Constantinopla (1453) como marco final da Idade Média tem finalidade didático-pedagógica, pois há inúmeros fatos históricos anteriores e posteriores que permitem outra datação, tal como a criação da imprensa, a descoberta da América, e o fim do reino muçulmano na Espanha.” GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 60.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Item 6 da Parte I. p. 23 – 24.

Dois movimentos, a Independência Americana e a Revolução Francesa, foram cruciais na geração dos direitos humanos, mesmo que se admita, que a palavra “revoluções” foi empregada nesses casos com acepções distintas, quiçá contraditórias:

A chamada Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da *Glorious Revolution* inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero – reinício muito bem simbolizado pela mudança de calendário.³⁰

Sobre o aspecto histórico, o desencadeamento dos movimentos sociais pelas classes tidas por excluídas, ocorridos também em razão da Revolução Industrial (Inglaterra final do século XVIII, após transportada para outros países Europeus), contrários à política e filosofia do Estado Liberal, bem como o início de uma doutrina religiosa elaborada pela Igreja Católica,³¹ foram cruciais para o surgimento dos direitos sociais como, expressamente, direitos humanos.

Em decorrência das revoluções, surgiu o reconhecimento de uma gama de direitos políticos e civis, sendo um dos principais reclames, se não o maior deles, o de direito à liberdade, com ênfase em seu aspecto econômico.

Tudo isso atrelado também à origem formal do constitucionalismo, uma vez que com o surgimento das Constituições escritas e rígidas, nascem as disposições correlatas relativas à organização do Estado, bem como as limitações de seus poderes pela via dos direitos e garantias fundamentais:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Como ressaltado por Jorge Miranda, porém, “o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental orders of Connecticut de

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

³¹ Aludida doutrina foi fixada pela Igreja Católica através da encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891, pelo Papa Leão XIII.

1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados”.³²

Cabe dizer, para além do nascimento do constitucionalismo, que a partir do momento em que os direitos sociais passaram a ter disciplina sistemática nas Constituições, e o marco a esse respeito é a Constituição Mexicana de 1917 e a Carta Alemã de 1919, é possível identificar, com maior clareza, a importância histórica destes direitos como elemento fundamental do estado democrático de direito.

Como dito na introdução, o século XX marcou o surgimento de Constituições com ideais sociais. O período era de plena crise do liberalismo e tais instrumentos passaram à regular garantias individuais e direitos de alcance nitidamente social.³³

A partir Constituição de Weimar, que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal, o Estado Social de Direito ganha força constitucional.³⁴

Aliás, a Primeira e Segunda Grandes Guerras ocorridas no mundo, influenciaram sobremaneira na evolução dos direitos fundamentais. A Primeira Grande Guerra (1914-1918) causada, pelo, dentre o mais, novo imperialismo europeu e as disputas territoriais e por mercados internacionais; a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) decorrente do fortalecimento do totalitarismo, decorrente de conjunturas socioeconômicas e o antagonismo criado com os países democráticos.³⁵

Neste contexto, a humanidade percebeu que os direitos humanos não estavam garantidos e que a arbitrariedade no uso do poder representava séria ameaça à humanidade.³⁶ Disto decorreu, notadamente após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra, a criação da Organização das Nações Unidas – ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada “sob o pátio da

³² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

³³ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

³⁵ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

³⁶ *Ibidem*

liberdade, da igualdade e da fraternidade, resgatando-se, assim, os ideais da Revolução Francesa”.³⁷

Afirma Norberto Bobbio, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948, solucionou o problema do fundamento dos direitos humanos. Aludida declaração representa, a seu ver, a manifestação da única prova que leva a considerar humanamente fundado um sistema de valores: “Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium ou humani generis*”.³⁸

Ademais, após a Segunda Grande Guerra, uma seara de direitos reclamados pela sociedade civil, burguesa e operária, passam a ter previsão, em âmbito nacional, com as Constituições dos Estados de Direito.

Em verdade, o reconhecimento dos direitos humanos e sua evolução para os fundamentais e sociais foram marcados por períodos culturais, religiosos e filosóficos importantes, cada qual com sua contribuição teórica e social para o engrandecimento deste sistema de direitos. Igualmente, as grandes guerras, foram responsáveis por forjar uma nova fase de cuidados e aperfeiçoamento com os direitos humanos.

Foi a luta incansável dos homens pela aquisição e preservação de direitos que culminou com o surgimento e constitucionalização dos direitos sociais, com uma inegável origem nos direitos humanos, o que fez surgir, na égide dos dias atuais,³⁹ um novo tipo de Estado, o social, intermediário entre o liberal e o socialista.

Tudo isso evoluiu para o contexto atual de proteção constitucional dos direitos fundamentais sociais, o que, inclusive, influenciou o sistema constitucional brasileiro, conforme será demonstrado a seguir. A linha histórica aqui traçada

³⁷ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Item 6 da Parte I. p. 26.

³⁹ Fábio Konder Comparato destaca o desafio atual ao qual se submete a questão e que bem retrata a situação social no Brasil: “O século XX da era cristã é a melhor ilustração histórica dessa grande verdade. O homem tornou-se, definitivamente “senhor e possuidor da natureza”, inclusive de sua própria, ao adquirir o poder de manipular o patrimônio genético. Mas, ao mesmo tempo, pela espantosa acumulação de poder tecnológico, jamais como nessa centúria o engenho humano foi capaz de provocar uma tal concentração de hecatombes e aviltamentos; nunca como hoje a humanidade dividiu-se, tão fundamente, entre a minoria opulenta e a maioria indigente”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 470.

demonstra a importância para sociedade destes direitos e no que tange ao Brasil contemporâneo – sua Constituição e sistema processual atual – a reivindicação destes direitos em juízo, com vistas a atender o interesse da coletividade, pode importar no reconhecimento de um ramo do processo civil próprio cuja (ações coletivas) atuação do juiz será diferenciada.

1.2. Os direitos sociais no Brasil até a Constituição Federal de 1988, seu conceito e eficácia

No Brasil, foi com a Constituição de 1934 que o tema dos direitos sociais, ainda que superficialmente, passou a regular as relações individuais ou sociais, ultrapassando a mera essência programática das normatividade destes direitos, pois, até então, tinha direcionamento nas ações dos legisladores.

Cumprindo uma tendência de se estabelecer eficácia e aplicabilidade a tais direitos, o constitucionalismo no Brasil evoluiu para garanti-los de forma expressa no texto constitucional.⁴⁰ Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o Estado brasileiro, rompendo um longo período de ditadura militar,⁴¹ estabeleceu mais extensamente previsões constitucionais sociais.

Entretanto, é possível encontrar, antes disto, traços de proteção aos direitos humanos no Brasil desde sua descoberta. Era manifesta a intenção do governo de Lisboa garantir formalmente os direitos dos índios segundo as Leis do Reino. Ou exemplo, foi a edição de diversos diplomas por Dom Sebastião, que objetivavam assegurar aos índios direitos inerentes à condição humana (Leis de

⁴⁰ Sobre tal aspecto José Afonso da Silva ensina: “A normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil, como dissemos acima, principiou com a Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia.” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet afirma: “Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67.

1570, 1587, 1595, 1609, 1611, 1647, 1655 e 1680). Da mesma forma atuaram Pedro II, de Portugal, em 1680, e Dom José I, em 1755. A defesa intransigente dos direitos humanos pode ser constatada, ainda, nos trabalhos de Padre Antônio Vieira (1608 – 1697), de José Bonifácio, quando eleito deputado à Assembleia Nacional Constituinte de 1823, e de Joaquim Nabuco, em sua obra *O Abolicionismo*.⁴²

Aludidos traços de direitos humanos no Brasil, resultaram em previsões constitucionais negativas na Carta Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, derivada da Assembleia Nacional Constituinte de 1823, na qual atuaram José Bonifácio e Joaquim Nabuco, que fixou, ao lado dos direitos individuais, o direito à educação primária gratuita e universal e a assistência social pública.⁴³

O momento político e social de montagem da Constituição de 1824, foi assim retratado por José Afonso da Silva:

Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império.⁴⁴

Naquele período, eram apenas fragmentos de direitos voltados a determinadas classes, já que existia, inclusive, a escravidão e o voto censitário no Brasil, traços de uma sociedade extremamente estamental. Estes direitos acudiam apenas aqueles poucos privilegiados que gozavam do status de cidadão. Por isso, o descompasso existente entre o direito formal e o material naquele período era ainda mais gritante.⁴⁵

⁴² CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

⁴³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. BRASIL, *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 1 de jun. 2015.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

⁴⁵ NASCIMENTO, Marilza Ferreira. *Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil*. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista – BA, n.9, 11 – 42, 2010. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/878/885>. Acesso em: 1 de jun. 2015.

Em relação à Constituição de 1891, promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891, já no Brasil República, pouco ou nada se verificou como avanços relacionados aos direitos sociais, apesar de todo movimento europeu contrário ao liberalismo. Aliás, uma parte da doutrina assevera que aludida Constituição trouxe retrocesso ao invés de avanços neste campo.⁴⁶

O período que sucedeu a promulgação da Constituição de 1891 foi marcado pelas disputas de poder e pelo avanço da política do coronelismo, baseada na denominada política dos Governadores, instalada pelo então Presidente Prudente de Moraes, bancada pelo poder dos coronéis:

Durante o coronelismo, não houve espaço para a conquista de direitos sociais, nem mesmo para a atuação dos direitos de vestes liberais já conquistados formalmente. A ascensão ao poder não dependia da livre aceitação popular em relação ao candidato, mas da vontade dos coronéis, que usavam da própria força para determinar quais seriam os deputados, os senadores e os governadores eleitos. Estes últimos, apoiados pelos coronéis, tinham o poder de impor o presidente e de render os deputados e senadores politicamente dependentes. Isso não só intimidou a luta popular por novos direitos, como determinou o absoluto distanciamento entre a Constituição liberal e a constituição material imposta pelos detentores do poder.⁴⁷

Sobre a política dos governadores, Fernando Luiz Abrucio resumiu os principais aspectos do período, dentre eles, dois são relevantes para ilustrar a perpetuação no poder das oligarquias estaduais, fato que não favorecia qualquer avanço em relação ao campo social: os governadores de estado figuravam como os detentores do poder político, seja no plano nacional, como no estadual; o presidente não tinha força necessária para exercer o Poder Moderador.⁴⁸

⁴⁶ Neste sentido alerta Marilza Ferreira do Nascimento: “Como retrocesso na “questão social” pode ser registrado que a previsão expressa da implantação de serviços de assistência social contida no texto constitucional anterior foi expurgada e a única referência que fez à educação foi para, em seu Art. 72, § 6º, desvincular o ensino público da religião católica.” NASCIMENTO, Marilza Ferreira. *Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil*. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista – BA, n.9, 11 – 42, 2010. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/878/885>. Acesso em: 1 de jun. 2015.

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Outras características da “política dos governadores” foram destacadas pelo autor: a constituição do poder nacional, por intermédio das eleições presidenciais, passava por um acordo entre os principais estados da Federação (São Paulo e Minas Gerais); inexistência de partidos nacionais, fato que fortalecia a situação dos governadores; exercício do poder nacional pelas oligarquias estaduais; significado político da transformação do presidente de província em governador de estado. ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação*. São Paulo: Editora Hucitec, 1988. p. 35 – 37.

O contexto era completamente desfavorável para evolução dos direitos do cidadão, a política seguiu autoritária e com concentração de poder nas mesmas mãos de quem, outrora, eram os coronéis, o que distanciava o federalismo da República: “O federalismo da Primeira República foi o reino das oligarquias, do patrimonialismo e da ausência do povo no cenário político. Ou seja, anti-republicano por excelência”.⁴⁹

Com a Constituição de 1934, é possível afirmar que o Estado brasileiro fixou o constitucionalismo social, seguindo um certa tendência europeia do pós-guerra, consagrando alguns dos preceitos do chamado “Welfare State”.⁵⁰ Getúlio Vargas coloca fim a chamada política dos governadores, afastando a influência direta dos Coronéis.

Tal carta foi pioneira na previsão expressa de direitos sociais, com um capítulo sobre a ordem econômica e social. Inspirada na Constituição alemã de 1919 acabou por romper com o modelo de Estado Liberal derivado das Constituições anteriores e como afirma José Afonso da Silva:

Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outra sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. Regulou os problemas da segurança nacional e estatuiu princípios sobre o funcionalismo público (arts. 159 e 172). Foram, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.”⁵¹

Proclamou a dignidade da pessoa humana como norteador das atividades estatais: [...] “determinou a implementação de políticas públicas e de atividades estatais voltadas para a realização material desse princípio, dando lugar aos direitos sociais decorrentes de normas constitucionais atribuídas.”⁵²

Sobre o advento do estado social brasileiro, afirma Paulo Bonavides e Paes de Andrade que a constituição de 16 de julho de 1934, fixa o Estado social

⁴⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da Federação*. São Paulo: Editora Hucitec, 1988. p. 40.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. et. al. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 325.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 82.

⁵² NASCIMENTO, Marilza Ferreira. *Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil*. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista – BA, n.9, 11 – 42, 2010. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/878/885>. Acesso em: 1 de jun. 2015.

estabelecida na Alemanha por Bismarck, que já proclamara com solenidade textual em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cunhando: [...] “a célebre fórmula do chamado Estado social de direito, matéria de tanta controvérsia nas regiões da doutrina, da jurisprudência e da aplicação hermenêutica.”⁵³

Sucederam aludida Carta, as Constituições de 1937 e, já no chamado Estado Novo, as de 1946 e 1967, que não trouxeram avanços no campo dos direitos sociais, apesar do nítido movimento da redemocratização do país. Em relação a Constituição de 1937, vale dizer, ainda que a pressão popular tenha afastado o nazifascismo e os seus idealizadores procurado distanciar seus fundamentos da influência ditatorial, a sua origem permaneceu inalterada e vinculada à sua origem autoritária.⁵⁴

Feita uma rápida ilustração sobre os antecedentes do constitucionalismo social no Brasil até a Constituição de 1934, cabe avaliar a questão à luz da Constituição Federal de 1988, chamada de cidadã.

Flavia Piovesan ressalta o contexto histórico que resultou, no Brasil, na Carta de 1988 e o ineditismo quanto à previsão de princípios fundamentais (firmamento dos direitos sociais), em especial, o da dignidade da pessoa humana:

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de uma lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁵

⁵³ BONAVIDES, Paulo. et. al. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 331.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 352.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.

No que concerne aos seus princípios fundamentais, a Carta de 1988 adota como alicerce da República a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, além da forte carga de preceitos voltados à satisfação dos direitos humanos e, por consequência, dos direitos sociais.⁵⁶

Os direitos sociais estão dispostos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e no Título VIII (Da Ordem social). São os seguintes (artigo 6º): a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.⁵⁷

Do artigo 7º ao 11º, a constituição privilegiou os direitos sociais do trabalhador, em suas relações individuais e coletivas. O direito à alimentação foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 64 de 04 de fevereiro de 2010. Outrossim, no título VIII, estão sistematizados os direitos à Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), os direitos relativos à Cultura, à Educação, à Moradia, ao Lazer, ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e os direitos sociais da Criança e dos Idosos.⁵⁸

A partir da análise acurada das disposições constitucionais a respeito dos direitos sociais, acima listados, extrai-se a essência do seu conceito, com fundamento na ordem constitucional brasileira: prestações constitucionais positivas, quanto defensivas (negativas),⁵⁹ de obrigação direta ou indireta do Estado, voltados a melhoria das condições de vida dos mais fracos; direitos, que tendem a realizar a igualização de situações desiguais.⁶⁰

Os “direitos sociais” enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ *Idem*

⁵⁹ É dito direitos de caráter defensivo a exemplo, dentre outros: direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre trabalhadores.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.

condições de vida aos mais fracos; tendentes a realizar a igualização de situações sociais desiguais e criadores de condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁶¹

Alexandre de Moraes, por sua vez, assim conceitua os direitos sociais:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁶²

Em sentido correlato, Uadi Lammêgo Bulos, com objetividade descreve os direitos sociais:

Direitos sociais, portanto, são aqueles que sobrevelam a esfera particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto. A sua compreensão deflui – com pujança e intensidade – sempre que for confrontado um interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Por isso, funcionam como lídimas liberdades ou prestações *positivas*, vertidas em normas de cunho constitucional.⁶³

O parâmetro aqui aplicado parte da premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira de 1988. Como alerta Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de uma aparente obviedade quanto a tal aspecto, existe parte da doutrina, ainda que imbuída de boa intenção, que nega a condições de direitos fundamentais aos direitos sociais.⁶⁴

Em verdade, mencionado autor firma coerente posição, que merece ampla filiação, em torno da tese de que, consoante o sistema constitucional positivo nacional, todos os direitos, aqui sobressai os sociais, são fundamentais.⁶⁵

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 186.

⁶² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 202.

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 421 – 422.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 216.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 223.

Ademais, ao tratar sobre o significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 assinala que, conforme estabelece o dispositivo, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A previsão desta norma a título dos direitos fundamentais decorreu de influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, cumprindo destacar, neste contexto: o artigo 18/1 da Constituição portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha.⁶⁶

Aliás, malgrado não ser o escopo deste trabalho identificar e mapear, de forma minuciosa, as influências estrangeiras sobre o Constituinte de 1988 no que se refere aos direitos fundamentais, cabe esclarecer que a dogmática dos direitos fundamentais é imensamente marcada pela atuação do Tribunal Constitucional da Alemanha, que exerce uma preponderante influência em várias cortes constitucionais, como, por exemplo, Brasil, Portugal, Itália, Espanha e Colômbia, bem como nas concepções doutrinárias de constitucionalistas brasileiros.⁶⁷

Os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988, inclusive os sociais, sob influência também germânica, são normas de aplicabilidade imediata e plena eficácia, que têm por escopo realizar e igualizar situações sociais desiguais e propiciar o gozo dos direitos individuais, daí sua importância e significado para o sistema de direitos nacionais, guardando maior simetria com a concepção clássica da “Era dos Direitos”.

Como direitos constitucionais, as normas que exprimem dos direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, assim determina dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 269.

⁶⁷ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy afirma: “O Tribunal Constitucional Federal, bem como a doutrina juspublicista alemã do pós-guerra, *podem* qualificar arranjos institucionais e conceituais que de algum modo resgatam o legado civilizatório da tradição alemã, absolutamente contestado por conta da barbárie que caracterizou a era nacional-socialista. Assim, à concepção clássica de *era dos direitos*, *pode-se* acrescentar ingrediente histórico que nos indica acidente e um desvio de rota, corrigidos pela jurisprudência e pelo texto constitucional aqui estudados.” Cita, a exemplo de outros: Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Neves, Ingo Wolfgang Sarlet e Virgílio Afonso da Silva, que estudaram na Alemanha. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas do ativismo judicial e da dogmática dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de políticas públicas. vol. 5, n. 2, 2015. p. 452.

e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção).⁶⁸

Mesmo que se sustente que os preceitos fundamentais sociais inseridos na Constituição de 1988 são normas de caráter pragmático, é de se reconhecer que a tendência é de transformação destas em normas de eficácia plena, pois comportam aplicação imediata e direta por meio dos remédios constitucionais postos à disposição da sociedade para exigirlos do Poder Público por intervenção do Poder Judiciário.⁶⁹

De fato, a discussão sobre a natureza jurídica destas normas exterioriza a sua importância no texto constitucional brasileiro, bem como evidencia,⁷⁰ que a exigibilidade judicial destes direitos encontra pleno sustentáculo no sistema constitucional brasileiro com lastro, enquanto ordem normativa inquebrantável e dotada de força ativa,⁷¹ na Constituição Federal de 1988, reconhecendo-a dotada destas características.

Os direitos sociais como normas constitucionais fundamentais, cujo traço de proteção, ainda em fase embrionária, se refere a proteção dos direitos humanos na Carta Imperial de 1824 – direitos com características sociais e coletivas –, sofreram evolução até se chegar nas previsões constantes na Constituição de 1988.

As características conceituais e de eficácia dos direitos fundamentais, inseridos os sociais – daí porque se elegeu aqui a expressão direito fundamental social –, sua importância e significado constitucional, revelam, conforme se tratará

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30.

⁶⁹ Neste tocante, Daniela Ritcher e Liane Tabarelli, defendem: “E, aqui, entretanto, cumpre rechaçar essa designação, pois frente à tendência hodierna de transformação de normas programáticas em normas de eficácia plena, ela acaba perdendo o sentido, já que, em diversos casos, principalmente, naqueles relacionados ao direito fundamental à saúde, a norma programática acaba tendo eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, seja por meio de mandado de segurança, seja por outro remédio constitucional, ficando adstrita, apenas, ao poder discricionário do Poder Judiciário, como se verá adiante.” RICHTER, Daniela. et. al. A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008. p. 72.

⁷⁰ Vide, Capítulo 1, item 1.3 desta pesquisa.

⁷¹ Tais expressões foram empregadas por Konrad Hesse ao afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa quando presentes na consciência geral, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 1991. p. 19.

em capítulo específico, peculiaridades processuais no trato destes direitos quando sua observância e cumprimento estiverem em discussão judicial.

1.3. Exigibilidade judicial dos direitos sociais à luz da Constituição Federal de 1988

Uma vez cumprida à reivindicação social que resultou na ampliação da cidadania, por intermédio da previsão dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, cabe examinar se tais direitos comportam a exigibilidade judicial, ou seja, se ao Judiciário é, mediante provocação, dado examinar tais questões e outorgá-las ao(s) reivindicante(s) sem que isso caracterize uma intervenção indevida do Poder Judiciário no campo político e ou administrativo.

Aludido aspecto, tem significativa controvérsia no campo doutrinário, como já tratado nesta pesquisa – tais preceitos têm aplicação imediata e direta⁷² – a partir também do reconhecimento de que os direitos sociais gozam de estrutura e conteúdo (teoria dos status).

Correntes jurídicas sustentam que os direitos econômicos e sociais, como de aplicação imediata, gozam de respaldo jurídico para ser exigido em um tribunal. Noutro diapasão, outras vertentes doutrinárias, outrora,⁷³ ensinaram que os direitos sociais não são passíveis de serem exigidos judicialmente.

Um aspecto, que bem retrata o caráter das normas fundamentais sociais, diz respeito à sua integração, de forma harmoniosa – das categorias de direitos fundamentais – com todo o conteúdo constitucional. A importância disto para a democracia é, inclusive, objeto de menção por José Afonso da Silva:

⁷² Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, Flávio Pansieri apresenta três conclusões de suma importância: “a) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata conforme reza o art. 5º, parágrafo 1º da CF/88, e são dotados de vigência e eficácia jurídica (segundo a lição de José Afonso da Silva); b) a aplicabilidade imediata deverá ser entendida como a vinculação imediata do Estado (que deverá construir a decisão, com a produção ou a reprodução do direito) e de particulares (que deverá cumprir o direito); c) quando a possibilidade de no momento da aplicação do texto, convertendo-o em norma, atingir-se eficácia social da norma, está será decorrência do momento histórico-econômico-político-social do estado brasileiro.” PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125.

⁷³ Diz-se outrora, pois após o advento da Constituição Federal de 1988 tal questão foi superada.

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante.⁷⁴

Tanto é assim, que os direitos fundamentais são, contemporaneamente, considerados parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Em se tratando de direitos fundamentais, a tradicional relação entre Estado e indivíduo de direitos e deveres sofre inversão.⁷⁵

A respeito do caráter e natureza dos direitos fundamentais, embora as normas definidoras de direitos sociais sejam, a rigor, dotadas de aplicabilidade imediata, isto não responde uma série de outras indagações: quais os limites da vinculação dos órgãos estatais e dos particulares aos direitos fundamentais; quais as posições jurídicas subjetivas exigíveis que podem ser diretamente extraídas da previsão constitucional de determinado direito social.⁷⁶

As indagações acima alertam para o seguinte fato: mesmo adotando a linha de que os direitos fundamentais sociais são positivados constitucionalmente como direitos subjetivos; existem dificuldades e problemas no reconhecimento destas normas neste sentido.

Em relação à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, existem diferentes concepções: os que sustentam que a norma não pode atentar contra a natureza das coisas, de forma que boa parte dos direitos fundamentais somente alcança sua eficácia nos termos da sua regulação infraconstitucional; e outra

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 184 – 185.

⁷⁵ Neste tocante: “Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro deveres e, depois, direitos.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica: 2002. p. 107.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

corrente segundo a qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático gozam de exigência direta sem a concretização legislativa.⁷⁷

Neste tocante, cabe destacar a adoção de um norte para o tema:

O constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas autoaplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. Cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas não se aplique o disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, mas, sim, que este preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado. Outros direitos fundamentais há, de modo especial – mas não exclusivamente – entre os direitos sociais, que, em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa, que – a exemplo do que já foi visto – podem ser também denominadas de normas dotadas de baixa densidade normativa. Ainda que estes direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis, não há, por certo, como sustentar que o sejam de forma idêntica aos direitos de defesa, consoante, aliás, tentaremos demonstrar no decorrer do nosso estudo.

Outra fórmula digna de menção sobre tal aspecto, sustentada por Cláudio Pereira de Souza Neto, diz respeito ao reconhecimento da atuação do Poder Judiciário de concretizar os direitos sociais, não em toda sua extensão, mas circunscrito à garantia das condições necessárias para que cada um possa gozar de igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva,⁷⁸ diz expressamente:

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, independentemente das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e pelo Legislativo. A despeito de sua inspiração liberal, não há nessa teoria a pretensão de que as políticas públicas se restrinjam a patamares mínimos. O

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 272.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 535.

que se busca é o estabelecimento de um critério material, e não formal, para legitimar a atividade especificamente judiciária.⁷⁹

A despeito da importância da diferenciação da categoria dos direitos fundamentais sociais, para fins de exame quanto a sua eficácia e exigibilidade, o reconhecimento dos direitos sociais, como direitos em si de aplicação imediata, é salutar para sustentar os pilares do sistema constitucional brasileiro: democracia, Estado de Direito e dignidade da pessoa humana.

Sendo um dos pilares do sistema constitucional e fator que mede o grau de democracia de uma sociedade, os direitos fundamentais são essenciais para o estado de Direito e servem a democracia.

Pensar diferente, estar-se-ia enquadrando parte dos direitos sociais como programas e não como direitos, reforçando a exclusão social e as desigualdades presentes e tão intensas em nosso Estado.

Eis o ponto: a eficácia e exigibilidade dos direitos sociais, não depende de intermediação de lei infraconstitucional, sendo passíveis de exame e concessão pelo Poder Judiciário, ainda que se admita que a tal Poder cabe apenas, a partir do julgamento de questões relacionadas ao cumprimento e/ou efetividade dos direitos sociais, assegurar um projeto de vida isonômico.

Os direitos fundamentais sociais, constituem direitos constitucionais subjetivos, dotados de eficácia plena e de exigibilidade imediata, constituindo um plexo normativo que dispõe sobre as necessidades inerentes à condição humana, sem as quais não pode desenvolver uma vida digna ou participar dela plenamente. Disto decorre que o Poder Judiciário encontra-se vinculado a tal sistema no que tange a efetivação dos direitos sociais fundamentais, o que lhe impõe uma concepção finalística de sua atividade.⁸⁰

Cabe ao Poder Judiciário a realização dos direitos fundamentais, por meio dos mecanismos processuais à sua disposição; não pode manter uma postura meramente contemplativa e quando suscitado neste aspecto, exercerá conduta pró-

⁷⁹ Ibidem, p. 537.

⁸⁰ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

ativa e corretiva, quando a hipótese comportar a procedência do pedido suscitado pela parte.⁸¹

Neste diapasão, Eduardo Appio assevera que as sentenças judiciais produzidas contra a omissão do Poder Público no atendimento das demandas sociais significam um avanço na recuperação de um espaço político moldado pela cidadania: “Estas decisões, muito embora possam desbordar do esquema tradicional de separação de Poderes, baseada em Montesquieu e Locke, constituem-se em um fenômeno presente da realidade jurídica brasileira”.⁸²

Logo, surge uma questão nodal, de significativa relevância ao tema, referente a interferência do Poder Judiciário na atuação de outros poderes ao formular, quando concede ou ajusta a aplicação de direitos sociais, políticas públicas; é o que se denomina controle judicial de políticas públicas.

As políticas públicas, como ferramentas de execução dos direitos sociais, terão abordagem pontual adiante, cabendo, neste momento, mencionar que ao Poder Judiciário é dado julgar tais questões, sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes, ou que isso faça dele um “superpoder”.⁸³

Sem avançar na pertinente distinção elaborada por Eduardo Appio sobre o processo de formulação do processo de execução (ou implementação) das políticas públicas, aqui o controle refere-se à execução, cabe aderir ao seu pensamento que nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou quando a Constituição não houver reservado ao administrador a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função, pode o Poder Judiciário intervir, quando provocado, sem que isso caracterize invasão de atividade nos outros poderes.⁸⁴

Não é invasão, pois a função constitucional do Poder Judiciário é justamente atuar, quando provocado, nas atividades dos demais poderes verificando a compatibilidade das ações com a Constituição Federal.

⁸¹ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

⁸² APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 69.

⁸³ Eis o alerta de Eduardo Appio neste aspecto: “A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redestinação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-o num “superpoder”.” *Ibidem*, p. 155 – 156.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 150.

Com o fito de ilustrar o que foi dito até aqui, na busca de legitimação judicial para esse conjunto de afirmações, cabe uma rápida menção a respeito do que pensa do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Decidiu, recentemente, a Corte Constitucional brasileira que o Poder Judiciário deve controlar a omissão do Poder Executivo no que diz respeito à realização de obras em estabelecimento prisional, sendo lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer (promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais), não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes.⁸⁵

Fala textualmente o Ministro relator, Ricardo Lewandowski, que não se cuida de:

Implementação direta, pelo judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, regulamentares e internacionais.

Na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal avaliou três dos indicados limites ao controle judicial de políticas públicas: 1) reserva do possível; 2) poder discricionário da Administração Pública; 3) separação dos poderes. Na realidade, a Corte Suprema fez prevalecer a dignidade da pessoa humana e, como defendido aqui, a eficácia dos direitos constitucionais fundamentais e, também, a inafastabilidade da jurisdição.

Consoante os elementos tratados pelo Supremo Tribunal Federal e das abordagens anteriores, extrai-se que a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Pleno. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

sociais é fator que os aproxima da interferência e reconhecimento do Poder Judiciário, quando provocado a resolver os eventuais conflitos neste campo.

O desatendimento pelo Estado dos direitos fundamentais sociais, seja qual for o motivo,⁸⁶ acarreta sua exigibilidade judicial (justiciabilidade) – frente a reivindicação e o conflito – fato que reflete, inclusive, na forma como a tutela jurisdicional e a técnica processual (a partir de uma ótica sincrética entre direito e processo) devem ser aplicados quando tais direitos, voltados ao atendimento da coletividade, estão, de fato, inseridos numa contenda.

1.4. A tutela jurisdicional e a técnica processual como instrumentos de efetividade dos direitos sociais

Malgrado não ser o escopo principal deste trabalho investigar a conceituação da tutela jurisdicional, é relevante tratar, ainda que em menor profundidade, as duas teorias a respeito, e, após, filiados a uma delas, sustentar a ideia de que o provimento jurisdicional, no processo coletivo destinado à efetivação dos direitos sociais fundamentais, pode ser diferenciado e a instrução de cognição ampla.⁸⁷

Uma se refere ao fato de que a tutela jurisdicional tem relação com o resultado do processo; a outra, sustenta que a tutela jurisdicional relaciona-se, para além do resultado do processo, com os meios postos à disposição do jurisdicionado para se chegar ao resultado.⁸⁸

⁸⁶ São motivos de desatendimento, dentre outros: negligência administrativa, decisão administrativa que nega ou não reconhece o direito, deficiência administrativa e carência orçamentária.

⁸⁷ Kazuo Watanabe conceitua a cognição: “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.” Invocando Chioevenda, diz também: [...] “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999. p. 58 - 59.

⁸⁸ Tais grupos doutrinários são destacados por Daniel Roberto Hertel, que sinaliza considerável dicotomia sobre o tema. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2006. p. 55.

A fim de sistematizar filiação a uma das correntes, cabe destacar a conceituação dada por dois doutrinadores: Enrico Tullio Liebman e José Roberto dos Santos Bedaque. Afirma, o primeiro que a tutela jurisdicional é direito de quem tem razão e não quem ostenta um direito inexistente.⁸⁹

Para José Roberto dos Santos Bedaque é a avaliação do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão. O objetivo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu. Somente com ela obtém-se a pacificação definitiva. Está consubstanciada no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes.⁹⁰

Daniel Roberto Hertel destaca, após também invocar os conceitos dos doutrinadores acima, as posições de Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni:

Dinamarco, consigna que a tutela jurisdicional é o amparo que o estado ministra a quem tem razão em um processo. Na verdade, essa posição não difere substancialmente da defendida por Liebman e por Bedaque [...] O autor, porém acrescenta que a tutela jurisdicional constitui apenas umas das espécies do gênero tutela jurídica.⁹¹

Frisa-se a posição de Luiz Guilherme Marinoni que considera que existir a tutela jurisdicional mesmo quando o magistrado declara inexistir o direito afirmado pelo requerente, ou mesmo quando constata a ausência de condições da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito.⁹²

Feitas tais considerações, é de se eleger aquela teoria que melhor se amolda aos ditames constitucionais e processuais atuais, notadamente para justificar a tutela jurisdicional diferenciada (justificada pela importância do direito colocado à apreciação do Poder Judiciário), circunstância que remete à concepção de tutela jurisdicional a partir do resultado obtido no processo no plano do direito material. É dizer: a tutela vista sob a ótica do provimento jurisdicional.

⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Tradução e nota de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 147.

⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26.

⁹¹ HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2006. p. 57.

⁹² Ibidem, p. 59.

Neste contexto, aludido posicionamento melhor aplica a técnica processual,⁹³ autorizando criar, a depender do caso concreto, circunstâncias distintas do provimento, além de propiciar que o direito processual sirva melhor ao direito material à luz da instrumentalidade substancial das formas.

Se o sistema comporta a tratativa judicial de objetivos e direitos diferenciados, com maior ou menor complexidade, envolvendo a coletividade ou não, não há porque, como alerta Donaldo Armelin, se manter um tipo unitário da tutela jurisdicional ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação; a potencialização da efetividade depende da adequação do instrumento ou seu escopo.⁹⁴ Aliás, o reconhecimento e aplicação destes instrumentos, depende da aplicação da boa técnica processual utilizando-se das ferramentas instrumentais vigentes.

José Carlos Barbosa Moreira ao falar sobre a efetividade do processo e técnica processual,⁹⁵ adverte para alguns riscos que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo: a) arvorar a efetividade em valor absoluto; b) extensão do feito além da medida do razoável, nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele; c) deficiências técnicas na aplicação da norma.

O autor afasta a falsa ideia da oposição entre o empenho da efetividade e a convivência com a boa técnica. Com efeito, efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que causem preocupações excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos reclamam a mais cuidadosa atenção.⁹⁶

A despeito do alerta, a técnica bem aplicada, em verdade, pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade e propiciar o reconhecimento

⁹³ Sobre a importância da técnica no direito processual, sustenta Daniel Roberto Hertel: “De qualquer forma, é no direito processual – mais do que em qualquer outro ramo do direito – que a técnica ganha fundamental importância. De fato, o processo, como instrumento de uma atividade, deve ser essencialmente técnico, para que seus fins sejam alcançados e realizados. A técnica processual, ademais, tem sido destacada pela doutrina como um dos fatores de maior relevância para a efetividade do processo.” HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2006. p. 67.

⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, vol. 65, p. 45, Jan./1992.

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual, Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 6.

de provimentos jurisdicionais adequados ao caso em debate a partir da relevância do direito.

Como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, o procedimento deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos e viabilizar a proteção do direito material. A forma mais básica de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. Em alguns casos as normas prestam tutela ou proteção a direitos determinados, os fundamentais, por exemplo – consumidor e meio ambiente.⁹⁷

O autor esclarece sobre a uniformidade procedimental e a confusão entre autonomia do direito processual civil e a neutralidade do processo em relação ao direito material o que, outrora, contribuiu, e pode produzir efeitos até hoje, no sentido de afastar o sincretismo entre o direito e o processo.

Num breve histórico sobre tal apontamento, tem-se que a escola italiana, debruçada sobre o Código de Processo Civil italiano de 1865, inspirou-se nos tratadistas franceses. Os exegetas possuíam um método de investigação que era propício para a compreensão dos atos do procedimento e não para a inserção do processo civil no contexto do Estado e da sociedade.⁹⁸

Neste ambiente, surge à obra de Lodovico Mortara, que esclarece a insuficiência dos métodos existentes e que sua lição, conforme Calamandrei, marcou a passagem do método exegético para o histórico-dogmático, na qual, especialmente no primeiro volume, restou enunciado o princípio da unidade da jurisdição e da natureza pública do processo.⁹⁹

Após, surge a nova escola processual italiana que assume uma postura histórico-dogmática também denominada de sistemática, que ao se preocupar em desvincular o direito processual civil do direito material e evidenciar a natureza pública do processo, importou-se em delinear conceitos que, segundo sua concepção, seriam capazes de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, antes concebido como simples *procedura civile*.¹⁰⁰

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

⁹⁸ Ibidem, p. 51.

⁹⁹ Idem, p. 52.

¹⁰⁰ Idem, p. 53.

Luiz Guilherme Marinoni frisa que a escola sistemática, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, acabou excedendo-se em sua missão e que o fruto mais óbvio dessa escola foi a pretensão de uniformização do procedimento. A idéia de um único procedimento para atender as diferentes situações do direito substancial tem origem óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.¹⁰¹

Tanto é verdade, alerta o citado autor, que os processualistas clássicos sempre enxergaram os procedimentos especiais como exceções ao procedimento ordinário, cita, como exemplo, Carnelutti.¹⁰² Portanto, assinala, a uniformidade procedimental era útil, as ideias de ação e de defesa desvinculadas do direito material, se tiveram algum valor em outra época, hoje certamente perderam importância.

Trata sobre algo fundamental e pode, outrora, ter causado problemas conceituais: a confusão entre autonomia do direito processual civil e neutralidade do processo em relação ao direito material. O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial.¹⁰³

Numa outra ótica, acerca do caráter individualista do processo, daí a defesa de que o direito serve ao processo e vice versa – não constituindo o processo, repita-se, disciplina autônoma em relação ao direito – assinala Cândido Rangel Dinamarco:

A concentração das atenções sobre o objetivo jurídico do sistema processual, ou seja, sobre seu caráter instrumental ao direito material objetivo, (deixando na sombra a relevância social e política do processo) é, por outro lado, responsável pelo imobilismo do sistema, que nasceu sob o signo do individualismo e ao longo de dois milênios continua até hoje aferrado a técnicas individualistas incompatíveis com o palpitar solidarista dos tempos. [...]¹⁰⁴

Ao passo que o processo merece reconhecimento confrontado com o direito material, não é demais lembrar que o primeiro está posto como ferramenta de

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

¹⁰² *Ibidem*, p. 55.

¹⁰³ *Idem*

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 262.

cumprimento dos direitos. Em decorrência deste debate, outra severa crítica, alinhavada por Luiza Guilherme Marinoni, se refere ao que denominou de “universalização do procedimento ordinário” derivada da neutralidade na criação de novos procedimentos aptos à adequada tutela jurisdicional para a contemplação de “novos direitos”.¹⁰⁵

A uniformidade procedimental, se não causou mal no passado quando concebida, influenciou sistemas processuais, inclusive o brasileiro, e contribuiu para a formação de técnicas individualistas incompatíveis com as relações e pretensões jurídicas surgidas posteriormente, aqui trata-se das necessidades de massa e do processo coletivo.

No ponto, Arruda Alvim diz, com propriedade, que a denominada dogmática clássica, fundada no individualismo jurídico, e que resultou no positivismo jurídico, foi superada, por não mais atender às necessidades contemporâneas, em função da consciência coletiva e dos reclames de que todas estas situações viessem a ser protegidas. Isso em razão também da influência relacionada a vocação coletiva do processo.¹⁰⁶

Logo, a obtenção de direitos fundamentais sociais negados pelo Estado podem ser obtidos judicialmente, com maior efetividade na atuação do juiz – a baixa efetividade é um dos problemas que afeta o resultado das ações coletivas –,¹⁰⁷ se a técnica (técnicas processuais) for bem utilizada e aplicada. E bem aplicá-la representa interpretar o direito processual civil consoante o direito e as singularidades da demanda em discussão e compreender a tutela sob a ótica do provimento jurisdicional.

Nesta perspectiva, Jefferson Carús Guedes identificou a ampliação da tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual. O autor propõe uma nova forma de classificação dos ramos

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 1994. p. 14.

¹⁰⁶ ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. *Revista de Processo*, vol. 64, p. 7, Out./1991.

¹⁰⁷ A respeito deste diagnóstico vide o relatório sobre a Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais (2007) elaborado pelo Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

processuais não-penais, dentre eles, o direito processual coletivo como técnica de acesso ao direito processual social.¹⁰⁸

Partindo do reconhecimento de que o processo cumpre a função social de servir ao direito e da existência de ramos processuais guiados pela importância e alcance do direito em discussão (direitos sociais), cujo interesse, inclusive, extrapola a vontade das partes (coletividade), decorre, desta linha de raciocínio, a possibilidade da cognição ampla e pronunciamento judicial diferenciado nestes casos.

A importância social do objeto litigioso trazido a juízo, autoriza suplantando o poder das partes de discutirem tão-somente o que lhes interessa, visto que, em razão de tal importância, a *res in iudicium deducta* extrapola os limites de propriedade dos contendores. Isso impõe privilegiar o interesse social na demanda em detrimento aos interesses egoísticos dos sujeitos da relação jurídica processual, tendo tal raciocínio, por corolário, a possibilidade dada ao juiz de prolatar decisões cujo alcance vá além do controvertido pelas partes, ou seja, o julgamento *ultra petita*.¹⁰⁹

De fato, quando o litígio coletivo envolver direitos fundamentais sociais, a melhor técnica, derivada da perspectiva de que o processo é uma ferramenta de viabilização do direito, permite ao Poder Judiciário exarar a tutela jurisdicional para além dos interesses das partes, observados os cuidados para não compreender a efetividade como valor absoluto.

¹⁰⁸ Escreve o seguinte sobre o tema: “Como dito, o processo civil serve de instrumento ao exercício da jurisdição civil em toda a sua extensão, seja para defesa do patrimônio do Estado, seja para defesa de interesses gerais, neles incluídos o ramo constitucional, o administrativo, o tributário etc. Contudo, tem-se nesse ramo do direito processual uma postura diferenciada para aplicação das regras processuais; orienta-se por princípios influenciados pelo direito público e a atuação das partes e do juiz sofre influência da natureza dos direitos litigados.” GUEDES, Jefferson Carus. *Direito processual social no Brasil: primeiras linhas*. Revista dos Tribunais on line, 2006. v. 42. p. 137

¹⁰⁹ ALMEIDA, Renato Franco de. *Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito*. Revista dos Tribunais Online, vol. 52, jul./2005. p. 9.

CAPÍTULO 2 - AS AÇÕES COLETIVAS COMO ESPAÇO DE LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O nascimento da tutela judicial dos interesses coletivos derivou da ação popular cuja previsão ocorreu primeiramente na Constituição de 1934, como rol das garantias constitucionais do cidadão. A gênese da ação popular no direito brasileiro pode ser balizado em duas fases distintas: uma anterior e outra posterior à Constituição de 1934.¹¹⁰

Com a Constituição de 1946, o instrumento foi reeditado, uma vez que suprimido na Constituição de 1937. Após, foram instituídas duas ações de natureza popular em âmbito infraconstitucional: uma pela Lei 818, de 18.9.1949, relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda de direitos políticos; e outra pela Lei 3.052, de 21.12.1958, relativa à impugnação do enriquecimento ilícito.¹¹¹

A importância das ações coletivas como instrumento de legitimação dos direitos sociais, ganha maior contorno a partir do que Teori Albino Zavascki denominou de “revolução” brasileira no domínio do processo coletivo ocorrido com a Lei 6.513, de 20.12.77, que cuidou de introduzir a alteração no art. 1º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Popular.¹¹²

A ação popular foi, até o início da década de 1980, o meio legal estabelecido para a defesa dos direitos coletivos no panorama legislativo brasileiro. No cenário mais recente, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988, é de se destacar duas Leis a respeito do processo coletivo: a Lei 6.938/81, que dispõe

¹¹⁰ Ricardo de Barros Leonel afirma: “No primeiro período, duas notas essenciais ficam evidenciadas, quais sejam: em primeiro lugar, não havia previsão constitucional de nenhum instrumento processual destinado à implementação do processo coletivo e à tutela dos respectivos interesses; em segundo lugar, na verdade a doutrina identificava como populares algumas ações ou remédios processuais estabelecidos pelo legislador ordinário, nos quais havia previsão de tutela de qualquer sorte de interesse público... Posteriormente, passou o remédio a integrar expressamente o rol das garantias constitucionais do cidadão. Na Constituição de 1934, no inc. XXXVIII do art. 113, vinha a previsão do instrumento processual conferido a qualquer cidadão para pleitear a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Mas ela não sobreviveu ao Estado Novo, sendo suprimida na Constituição de 1937.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52 – 53.

¹¹¹ Ibidem. p. 54.

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.

sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; e a Lei 7.347/85, a conhecida Lei da Ação Civil Pública.

A Lei da Ação Civil Pública merece destaque neste debate como um instrumento histórico, eficaz e significativo para a tutela e defesa dos direitos coletivos que surgiu no Brasil para: [...] “preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais.”¹¹³

Na sequência, a Constituição Federal de 1988 contemplou, em diversos trechos, direitos de caráter coletivo (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) sem se descuidar do direito instrumental aplicável.¹¹⁴

A ação popular foi mantida com seu objeto ampliado, o que, invariavelmente, causou o fortalecimento do instituto; a ação civil pública foi expressamente mencionada, conferindo ao Ministério Público a atribuição de promover a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos, via inquérito civil e ação civil pública.¹¹⁵

De mais a mais, a envergadura constitucional dado ao tema pela Carta de 1988 alavancou a ampliação da defesa destes direitos no campo infraconstitucional, valendo citar, a título de exemplo, as seguintes legislações: Lei 7.853/89, defesa das pessoas portadoras de deficiência; Lei 7.913/89 que versou sobre a defesa dos investidores do mercado de valores imobiliários; Lei 8.069/90, “Estatuto da Criança e do Adolescente”, a Lei 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor”; a Lei 8.492/92, “Lei da Improbidade Administrativa”.

¹¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

¹¹⁴ Nas palavras de Teori Albino Zavascki a Constituição de 1988 cuidou de expandir uma forma alternativa de tutela coletiva dos direitos difusos e coletivos, e o fez a partir da técnica da substituição processual. *Ibidem*.

¹¹⁵ Sobre a concepção da ação civil pública como ação coletiva, vale invocar o ensinamento de Márcio Flávio Mafra Leal: “A ação civil pública, concluindo, era originalmente o nome da ação do Ministério Público como autor, não havendo relação com a dimensão difusa e coletiva do direito material, dimensão esta assumida somente com a Lei 7.347/85. Com a LCP, ocorreram duas mudanças teóricas e dogmáticas importantes: a primeira foi a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois, como dito, associações e outro ramos políticos do Estado também foram legitimados para o seu ajuizamento. A segunda mudança foi a concepção da ação civil pública como *ação coletiva*.” LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 188.

Todo esse cenário normativo contribuiu para a formação no Brasil de um subsistema peculiar quanto à matéria, rico e sofisticado, estruturado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna.¹¹⁶

Percebe-se que o status constitucional e legal dado ao assunto, no cenário legislativo e social, ainda em evolução e aprimoramento, corrobora sua importância para a sociedade brasileira de tal sorte que a defesa dos direitos coletivos é mais ampla, acessível e adequada como o ordenamento conferiu a coletividade – direitos de massa.

A vindicação de interesses coletivos em juízo, como uma necessidade dos tempos atuais, foi assim tratada por José Carlos Barbosa Moreira:

A vindicação de interesses coletivos em juízo pode constituir um meio de dar adequada expressão a necessidades e aspirações que talvez não conseguissem fazer-se ouvir alhures. Se, em poucos anos, assumiu o problema tão invulgar relevo nas preocupações dos estudiosos, aí se há de ver seguro índice da força dessas aspirações e da premência dessas necessidades. Não tem o direito de permanecer indiferente ao fato quem se advirta da conveniência de assegurar a insatisfação que se avolumam perigosamente uma válvula pela qual se possam descarregar de maneira civilizada. A alternativa nada de bom prenuncia para a estabilidade das instituições.¹¹⁷

Quando o Judiciário é compelido a conferir e/ou outorgar tais interesses, a aplicação dos institutos instrumentais correlatos se ligam a própria importância constitucional das ações coletivas, verdadeiros instrumentos de eficácia e efetividade dos direitos sociais.

Este é um poderoso instrumento para que a coletividade possa apresentar suas angústias ao Poder Judiciário, se fazer ouvir perante a omissão estatal, sem olvidar que os direitos fundamentais sociais, como direitos metaindividuais aptos à tutela coletiva, necessitam de especial atenção, consoante adiante será abordado, ainda que passíveis de reinvidicação individual.

¹¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 39.

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 105 – 106.

2.1. A importância da tutela coletiva no cenário jurídico atual brasileiro

Aqui se mencionou, rapidamente, que o arcabouço legislativo brasileiro correlato, ocasionou uma verdadeira “revolução” no domínio processo coletivo, seja pela pertinência e acerto no conteúdo das leis aplicáveis ou pelos avanços por elas propiciados.

Márcio Flávio Mafra Leal reconhece que o Brasil conta com uma das mais avançadas legislações no mundo sobre ação coletiva, ainda que chame atenção para a possibilidade de aperfeiçoar o sistema teórico e normativo, definindo melhor os conceitos e as disciplinas processuais das ações coletivas.¹¹⁸

Na mesma senda, sobre a necessidade de estudo, experimentação e eventuais ajustes legislativos no sistema das ações coletivas, Teori Albino Zavascki, após classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos,¹¹⁹ identifica que o sistema processual brasileiro dá maior ênfase à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva:

Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida em que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda assim passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso, mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários, sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.¹²⁰

¹¹⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 218.

¹¹⁹ (a) mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais; (b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais; (c) instrumentos para a tutela da ordem jurídica.

¹²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

Com efeito, se o sistema constitucional brasileiro de 1988, muito se dedicou a proteção dos direitos sociais, a legislação infraconstitucional, com enfoque no processo civil, deve sim caminhar com foco maior na solução dos litígios de dimensão coletiva.

Naturalmente, não há falar que maior ênfase na solução destes conflitos significa atuar em detrimento da solução dos conflitos individuais. Ao contrário, a proteção aos direitos metaindividuais ganha importância na medida em que protegê-los, e solucionar os casos de violação, representa proteger a coletividade que os reclama.

Tudo isso fixado numa Constituição que os prevêem e os protegem (direitos fundamentais sociais), cujo processo histórico tem gênese remota na assim denominada “Era dos Direitos”.¹²¹

É justamente a relação entre a satisfação das necessidades coletivas com as categorias de direitos fundamentais sociais que os tornam exigíveis, diante da omissão do poder público, pela judicatura, quando acionada para tanto, por intermédio de um sistema processual próprio com características e ferramentas processuais amplas, já existentes, diga-se, no sistema legal brasileiro.¹²²

Outros elementos, de ordem prática, podem ser invocados na avaliação da importância das ações coletivas: instrumentos de facilitação ao acesso à justiça; medidas de economia judicial e processual; instrumento de equilíbrio das partes no processo.¹²³

As ações coletivas fixaram novas funções ao processo: no campo político – de afirmação das políticas públicas¹²⁴ e, por consequência, de validação da

¹²¹ Vide Capítulo 1, item 1.1. desta pesquisa.

¹²² Sobre a tutela judiciária de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos vale enfatizar a lição de José Elias Dubard de Moura Rocha: “Desde aí, a tutela judiciária de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sugere-se no engendramento dessa tutela com a totalidade do processo histórico de liberação dado que a significação do direito e a pré-compreensão da judicatura como tal sofrem, na totalidade desse processo de liberação, rupturas/conservação, onde o direito já não se refere, apenas, à liberdade negativa – declarada solenemente como direito de defesa – a exigir do poder público uma omissão, mas também refere-se à liberdade positiva – declarada solenemente como direito a prestações concretas – a exigir do poder público e, eventualmente, do particular. ROCHA, José Elias Dubard de Moura. *Interesses coletivos: ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 166.

¹²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 30 – 38.

¹²⁴ Vide, Capítulo 3, item 3.1. desta pesquisa.

democracia brasileira contemporânea; e na seara processual – nas atividades e papel do Poder Judiciário.

2.2. Definição de ações coletivas no sistema processual brasileiro

Visto que a Constituição Federal de 1988 identifica uma gama de interesses da coletividade, descrevendo o legitimado para a sua defesa (interesse público ou social), tem-se uma linha diretiva para a definição de ações coletivas: aquelas voltadas para a defesa de tais direitos – direito coletivo *lato sensu* – visando um pronunciamento judicial que afetará uma coletividade ou grupo determinado de pessoas.

Essa construção, em muito se apóia e assemelha a proposta por Hermes Zaneti Junior que a partir das características principais da ação coletiva (1 – legitimação para agir; 2 – afirmação de um direito coletivo *lato sensu*; 3 – extensão subjetiva da coisa julgada), assim a conceituou:

Nesse sentido, conceitua-se ação coletiva como aquela em que um legitimado autônomo, defendendo direito coletivo *lato sensu*, age para obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas, operando a coisa julgada segundo o resultado do litígio.¹²⁵

Acrescenta ainda ao seu conceito de ação coletiva outro aspecto, essencial aos preceitos que serão fixados no presente trabalho: o resultado do litígio segundo o esgotamento ou não do material probatório produzido. E prossegue: “A ação coletiva se caracteriza, de igual sorte, por uma maior amplitude da cognição, podendo resultar na desnecessidade de discussão individualizada do *an debeatur* pelo titular do direito material.”¹²⁶

Antônio Gidi definiu ação coletiva como: “A ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente

¹²⁵ ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 9.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 10.

considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).”¹²⁷

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, de forma simples e objetiva, assim formulou seu conceito: “Ousamos conceituar ação coletiva como sendo aquela proposta por seus legitimados autônomos, visando à tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.”¹²⁸

De outro tanto, convém asseverar que a ação coletiva não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações (com finalidade e peculiaridades distintas) das quais a coletividade pode fazer uso na defesa dos direitos difusos e coletivos. É basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva. Existe, uma categoria de ações, que recebem o rótulo de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.¹²⁹

Haja vista a definição das ações coletivas e suas finalidades gerais – defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – percebe-se sua importância constitucional para defesa de direitos, notadamente, quando estes têm status constitucional e se voltam ao bem estar social. Tais ações, sob a ótica do acesso ao Judiciário e da realização de direitos, imprimiram avanços no Brasil no sentido de aprimorar a outorga dos direitos sociais,¹³⁰ e hoje são a principal alavanca de defesa e legitimação destes direitos.

¹²⁷ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

¹²⁸ LEYSER, Maria Fátima V. Ramalho. *Ações coletivas e direitos difusos*. Campinas: Apta Edições, 2004. p. 20.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 733.

¹³⁰ O reconhecimento destes avanços foi consignado por Antônio Herman V. Benjamin em artigo científico sobre a ação civil pública. BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 148.

A esse conjunto de ações com maior amplitude de cognição,¹³¹ para além do que se espera em ações individuais nas quais não se reclama direitos sociais, têm-se características pontuais que as tornam de maior relevância para a sociedade brasileira; ganham, neste contexto, contornos de política administrativa e de efetivação das políticas públicas.¹³²

Assim, a importância conceitual e as finalidades das ações coletivas, permitem indicar, dentre outros fatores, às características peculiares no que diz respeito à atuação do Judiciário quando provocado para atuar nestas ações, referência a cognição e tutela jurisdicional (ampla e diferenciada); e, sendo assim, delimitar os limites decisórios do juiz nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais – tais aspectos serão tratados e aprofundados no capítulo 3.

2.3. Condições e legitimação nas ações coletivas

Aqui cabe uma breve análise sobre as condições das ações coletivas e seus legitimados a fim de perseguir a ideia de que suas características as tornam diferenciadas e inseridas num regime processual peculiar.

Modo geral, partindo da linha doutrinária clássica, as condições da ação são: legitimidade, interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.¹³³ A

¹³¹ Cabe ilustrar as ações coletivas típicas mais conhecidas no direito brasileiro: ação popular; ação civil pública; mandado de segurança coletivo; ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores; mandado de injunção coletivo; ação de improbidade administrativa.

¹³² Ronaldo Porto Macedo Junior ao escrever sobre a ação civil pública, o direito social e os princípios, assim conclui: “A tutela dos interesses coletivos está impregnada pela natureza polêmica e contraditória do direito social. 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 ONGs e o Ministério Público estão ampliando os foros de debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais do direito. Significa também que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Ação civil pública, o direito social e os princípios*. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 565.

¹³³ Ao escrever sobre as condições da ação Rodrigo da Cunha Lima Freire esclarece sobre a doutrina de Liebman: “A doutrina de Liebman foi adotada em nosso Código, entretanto, como inicialmente fora formulada em seu *Manuale* (incluindo a possibilidade jurídica do pedido e não mencionando

demanda coletiva, a rigor, não escapa a tais regras.¹³⁴ A ação coletiva se submete a presença simultânea destes requisitos, cabendo ao juiz aferir, ainda que sem adentrar o mérito na sua propositura, ou quando da prolação da sentença – em exame mais aprofundado – as condições de prosseguimento do feito.

É o que afirma Ricardo Negrão:

As condições da ação – tais como idealizadas por Liebman e adotadas em nosso Código de Processo Civil – têm aplicação no âmbito coletivo da jurisdição a par de apenas a legitimação ativa ter recebido tratamento expresso da lei. Assim, quanto à possibilidade jurídica do pedido, haveria no âmbito coletivo a mesma dificuldade de distinção em relação ao próprio mérito (que há no processo tradicional) acrescido do fato de que a lei houve por bem definir, por meio de rol não taxativo, quais os direitos materiais passíveis de proteção pela jurisdição coletiva, o que pode gerar, na prática, incertezas, mormente em razão da dificuldade de definição concreta dos direitos protegidos. Já com relação ao interesse de agir, este se apresenta, no âmbito coletivo, com um aspecto destacado do efetivo interesse subjetivo do legitimado (que pode, em alguns casos, nem mesmo estar presente); assim, deve-se tomar o interesse processual do ponto de vista objetivo (da demonstração direta da necessidade do julgado), mediante análise da situação concreta e dos dispositivos legais envolvidos.¹³⁵

Marcelo Paulo Maggio, ao tratar das condições da ação na tutela dos interesses difusos, deixa clara sua posição no sentido de que as condições da ação são essenciais para o exercício da ação, porém, ressalta, não são determinantes à sua existência ou inexistência.¹³⁶

O desafio, no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, é adequar o ferramental processual e o pronunciamento judicial as chamadas relações de massa

expressamente uma quarta categoria de condições da ação), ao se exigir o preenchimento de três condições genéricas da ação (o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido), como requisitos para o exame do mérito da causa, conforme se depreende do exame dos arts. 3º, 295, incisos II e III e parágrafo único, inciso III, 267, inciso VI, e 301, inciso X.” FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107.

¹³⁴ Ricardo de Barros Leonel, ao tratar das condições das ações coletivas, afirma o seguinte: “Feita a análise inicial, pode o Juiz concluir que, à primeira vista, o processo tem condições de prosseguir e culminar com a prolação do provimento de mérito, caso em que será realizada a cognição completa e exauriente da relação material, com a finalidade de acolher ou rejeitar o pedido. Entretanto, se no decorrer do feito ficar evidenciado, ainda com cognição não aprofundada, que o exame efetivo da situação material será inútil, será caso de extinção sem análise do mérito.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 153.

¹³⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 299 – 300.

¹³⁶ MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 68.

derivadas de ações sociais e empresariais; cada dia mais complexas entre grupos mais ou menos definidos, com grande dispersão entre tais setores sociais.¹³⁷

Logo, a proposta que se apresenta – na ótica de um processo civil voltado a boa técnica e às soluções para os problemas de hoje – é de que a admissibilidade das ações coletivas, cuja finalidade atenda um interesse social, redirecione a legitimidade para a relevância social do interesse a ser tutelado, distanciando do critério milenar da titularidade do direito subjetivo ameaçado ou violado.¹³⁸

Isso acarreta, como destaca Rodolfo de Camargo Mancuso, na aplicação do processo civil como instrumental de hoje e que funcione hoje:

Isso implica em que se não devem confundir as situações postas, de *lege lata*, com as situações de *lege ferenda*, isto é: o processo civil deve ser um instrumento que funcione hoje, com o instrumental de hoje, cabendo, todavia, aos juristas a tarefa de repensá-lo constantemente, formulando as sugestões e indicações para que ele continue a ser eficaz no futuro.¹³⁹

Ademais, cumpre enfatizar que os elementos das ações coletivas – partes, causa de pedir e pedido – apresentam características diversas daquelas existentes nas ações individuais,¹⁴⁰ isto destacado a fim de realçar as peculiaridades e sutilezas destas ações (cognição ampla e tutela jurisdicional diferenciada).

Outrossim, em relação à legitimação, ao examinar as legislações pontuais aplicáveis, verifica-se que a intenção do legislador foi de atribuir a condição de parte ativa a determinados entes, os quais atuam na defesa de interesses metaindividuais, uma vez que os sujeitos envolvidos não teriam as mesmas condições ao demandar individualmente.

Logo, a identidade destas ações não se afigura a partir de quem instrumentaliza a via em juízo, mas sim a partir dos verdadeiros titulares interessados.¹⁴¹ Logo, para além da legitimação extraordinária, o critério de substituição, capacidade do portador desses interesses em representá-lo

¹³⁷ MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 163.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 157.

¹⁴⁰ SILVA, Sandra Lengruher da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004. p. 76.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 77.

adequadamente, é a questão fundamental que estabelece a força social dos representantes em juízo.

Com efeito, a noção justa de parte, em relação aos interesses metaindividuais, não é identificada a partir da titularidade do direito e, sim, da capacidade do portador desses interesses em representá-lo adequadamente.¹⁴²

Rodolfo de Camargo Mancuso diz o seguinte, neste tocante, a respeito da matéria:

*A justa parte em tema de interesses difusos não pode ser encontrada na relação de titularidade entre autor e pretensão, seja porque os sujeitos concernentes são indeterminados, seja em virtude da própria fluidez do objeto. Também o esquema de legitimação adequado aos interesses coletivos stricto sensu não é próprio para o caso dos interesses difusos, porque, naqueles, pode ser adrede estabelecido o órgão ou entidade que será o portador judicial desses interesses coletivos, assim organizados junto ao seu “representante natural”. A questão nodal, quando se trate de legitimação para agir em sede de interesses difusos, consiste em saber se é possível reconhecer *pode de agir* a um cidadão, órgão público ou grupo social que se pretendem portadores de certos interesses cuja fluidez e indeterminação não permitem sua afetação a um “titular” exclusivo.¹⁴³*

Quem são os portadores desta representação no sistema brasileiro? A melhor solução para a questão cogitada pode derivar, consoante a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos, órgãos públicos e associações.¹⁴⁴

Ocupa a posição de destaque nesta cadeia de legitimados o Ministério Público, seja em razão das suas atribuições elencadas na Constituição Federal de 1988 relacionadas ao tema, ou pela sua participação, como autor ou *custos legis*, em todas as ações coletivas. Também são legitimados: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, além dos órgãos da Administração Pública, direta ou indireta. As associações e sindicatos têm destaque constitucional (art. 5º, inciso XXI) para atuar nesta seara.

Na defesa dos interesses difusos ou coletivos, na qual a legitimação ativa é exercida em regime de substituição processual – o autor da ação defende em

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 183.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 183 – 184.

¹⁴⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 245.

nome próprio, direito de que não é titular – esse regime extraordinário no sistema comum do processo civil brasileiro é o ordinário na ação civil pública.¹⁴⁵

Ainda com relação à legitimidade, existe forte debate doutrinário quanto às características estruturais dessa legitimação. É relevante destacar, a título ilustrativo, cada uma das técnicas da legitimação ativa por substituição processual: exclusiva, autônoma, concorrente e disjuntiva.

A exclusiva – só os definidos em lei são legitimados a impetrar a ação; concorrente – todos os legitimados na lei poderão propor ação coletiva; disjuntiva – mesmo que todos possam propor a ação coletiva, basta que um dos legitimados a proponha; autônoma – a ação coletiva não depende de autorização do titular do direito para ser proposta.¹⁴⁶

Quanto à pertinência temática para a propositura da ação coletiva, cabe reiterar, têm legitimidade o Ministério Público, as associações e sindicatos, administração pública direta e indireta e, ainda em caráter pontual, os partidos políticos.

No tocante a legitimidade passiva, pode figurar como réu toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha violado, contribuído ou concorrido para a lesão ao interesse supra-individual tutelado e protegido por lei, responsáveis pelos danos que se pretende coibir e eventualmente responsáveis pelos ressarcimentos pecuniários e morais respectivos. Alguns exemplos dos possíveis sujeitos passivos das ações coletivas são: os entes públicos, os fornecedores e, supletivamente, o comerciante.

As características das ações coletivas, seu regime singular e peculiar, o modelo brasileiro de tutela coletiva e difusa, sinalizam que o papel do Poder Judiciário nestas questões guarda maior relevância, haja vista uma natural ampliação da função jurisdicional que se cruza, inclusive, com a seara de atuação dos outros Poderes e nas políticas públicas como forma de execução pelo Estado dos direitos sociais consoante será sustentado.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 76.

¹⁴⁶ ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 65.

¹⁴⁷ *Vide*, Capítulo 3, item 3.1. desta pesquisa.

Se o processo é um poderoso instrumento de efetividade dos direitos, as ações coletivas têm contornos ainda mais fortes para tal fim, mormente se considerada a relevância e abrangência do direito em discussão. Para além do que tutelar um direito subjetivo, tais ações serão uma forma de participação pública através do Judiciário, como instrumento de racionalização do poder.

Nestes casos, a ação não será mais um simples instrumento de realização do direito objetivo e, por via de consequência, tutela de um direito subjetivo. Para além disso, será uma forma de participação pública através do Judiciário, como instrumento de racionalização do poder. Poder exercido, política e economicamente, também no campo privado, principalmente pelas empresas que operam na economia de massa que vivemos, e disso evidentemente resultam conflitos de interesses, que cada vez mais assumem configuração metaindividual.¹⁴⁸

É dizer, dois elementos são essenciais nesta avaliação: a relevância social do interesse (direitos fundamentais sociais) e sua abrangência (coletividade); identificam que ao juiz é dado esgotar toda a cadeia dos fatos e provas relacionadas à causa para fins de conferir ou não o direito pleiteado, esteja expressamente previsto ou não nos pedidos deduzidos.

Como dito, quando o litígio coletivo envolver direitos fundamentais sociais, a melhor técnica, permite ao Poder Judiciário exarar a tutela jurisdicional para além dos interesses das partes.¹⁴⁹

A afirmação ganha maior relevância por todo o histórico envolvendo tais direitos, bem como a sua posição no contexto constitucional brasileiro atual. A valorização dos direitos coletivos, admitindo que estes possam até mitigar, quando em conflitos, os individuais,¹⁵⁰ implica no reconhecimento da aplicação diferenciada (boa técnica) do processo civil nestes casos.

¹⁴⁸ Ao concluir tal raciocínio, diz ainda Kazuo Watanabe: “Bem por isso, passaram a ter fundamental importância política os instrumentos de racionalização do poder. Aliás, a participação pública através do Judiciário é um instrumento de viabilização da democracia que o nosso constituinte intuiu ao instituir a ação popular constitucional (art. 153, § 31, CF).” WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 97.

¹⁴⁹ Vide Capítulo 1, item 1.4. desta pesquisa.

¹⁵⁰ É o que afirma a professora Anna Pintore em entrevista à revista Consultor Jurídico. Anna acredita que as regras e o respeito aos direitos de cada um devem ser flexibilizados em prol do interesse coletivo. PINTORE, Anna. *Os direitos nem sempre são uma coisa boa e ampliá-los nem sempre é*

2.4. Os direitos sociais como direitos metaindividuais – interesses aptos à tutela coletiva

O enquadramento dos direitos sociais como direitos metaindividuais, enquanto interesses subjetivos, e não meros interesses “simples”, reclamam tutela especial do Estado. Os direitos sociais, seja pela ótica individual ou coletiva, devem ser objeto de proteção e defesa pelo Estado.¹⁵¹

Os direitos sociais podem e devem ser objeto de discussões no campo dos interesses individuais, contudo, é no espectro coletivo, dentro de um quadro geral de interesses, quando relacionado a um grupo social, categoria ou, quiçá, a coletividade, que tais direitos ganham reforço no seu alcance e importância, de tal maneira que ao Judiciário é possível outorgá-los aplicando a cognição ampla e a tutela jurisdicional diferenciada.

Essa ordem escalonada dos interesses, os agrupando em diversos planos de titularização, foi assim apresentada por Rodolfo de Camargo Mancuso, ao enquadrar os interesses difusos naquilo que chamou de quadro geral de interesses:

Sob esse enfoque, caminha-se desde os interesses “individuais” (susceptíveis de captação e fruição pelo indivíduo isoladamente considerado), passando pelos interesses “sociais” (os interesses *personais* do grupo visto como pessoa jurídica); mais um passo, temos os interesses “coletivos” (que depassam as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos); no grau seguinte temos o interesse “geral” ou “público” (referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado e se exteriorizando em certos padrões estabelecidos, ou *standards* sociais, como *bem comum*, *segurança pública*, *saúde pública*). Todavia, parece que há ainda uma grau nessa escala, isto é, haveria certos interesses cujas características não permitiriam,

uma boa ideia. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/entrevista-anna-pintore-professora-universidade-cagliari>. Acesso em: 11 de jul. 2016.

¹⁵¹ Rodolfo de Camargo Mancuso assim conceitua os interesses simples e os subjetivos: “os interesses simples – caracterizam-se pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado. Trata-se de tendência à satisfação de uma necessidade, mas tal se passa no campo psíquico do sujeito, que deseja tal satisfação, mas não pode exigí-la do Estado ou de terceiro... Ao contrário, os direitos subjetivos compreendem *posições de vantagem*, *privilégios*, *prerrogativas*, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber *tutela especial* do Estado (sobretudo através da ação judicial, mas também de atos de conservação e de formalização perante órgãos públicos etc.)” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

exatamente, sua assimilação a essas espécies. Referimo-nos aos interesses “difusos”.¹⁵²

Os interesses “coletivos” desdobrados em ações de massa, quando alcançam os direitos sociais, superam os meros interesses “individuais” podendo o Poder Judiciário conferir, em relação ao direito em debate, além do que foi posto pelas partes à apreciação, excedendo aquilo que, à primeira vista, estaria sujeito aos limites do que fora posto nos autos.

O interesse social aqui referido, relacionado aos direitos sociais fundamentais, deve ser visto num sentido amplo: [...] “é o que consulta aos valores espontaneamente surgidos e cultivados no seio de uma determinada comunidade; numa síntese, ele decorre do exercício coletivo de interesses coletivos.”¹⁵³

Nesta avaliação de distinção entre os interesses coletivos, Nelson Nery Junior afirma: [...] “a pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.”¹⁵⁴

Somado a este critério, cabe também avaliar a importância do direito colocado sob análise e decisão, aquilo que, a rigor, a coletividade reclama quando prejudicada pela omissão estatal. As ações coletivas têm como característica o fato de fundarem-se no objeto a ser tutelado pelas partes – os direitos metaindividuais – daí a razão de enquadrar os direitos sociais fundamentais como metaindividuais.

O processo e seus operadores, nestas hipóteses, devem estar abertos e voltados para dedicar tratamento próprio a tais interesses, adequando o procedimento a natureza da causa para concretizar o acesso à justiça.

O direito deve acompanhar as mudanças nos valores sociais com o objetivo de tutelar interesses, garantir a paz coletiva e felicidade comum. É fundamental que o processo esteja também preparado para conceder tratamento adequado a tais interesses.¹⁵⁵ Eis a indagação, formulada neste contexto por Caio Márcio Loureiro: como se encontrava o processo quando se deparou com o interesses coletivos *latu sensu*?

¹⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 291.

¹⁵⁴ NERY JR., Nelson. *O processo civil no Código de Defesa do Consumidor*. In: Revista de Processo, v. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 25.

¹⁵⁵ LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004. p. 193.

A adequação do procedimento à natureza da causa revela-se como fator primordial para concretização do acesso à justiça. Como o processo não foi, nas suas origens, voltado a solução ou satisfação dos interesses coletivos cabe a sua aplicação e interpretação de forma customizada a natureza da ação e do direito em debate, como uma das principais preocupações do processo civil.

Os direitos fundamentais sociais, ainda que, como já sinalizado, comportem discussão na seara dos interesses “individuais”, devem ser pensados, com maior relevo, em sua forma coletiva, propiciando, quando ameaçados ou violados, a utilização de ações coletivas (interesses coletivos),¹⁵⁶ as quais, à luz do processo civil contemporâneo aplicado com boa técnica,¹⁵⁷ podem ter tratamento específico pelo Poder Judiciário.

A tutela coletiva (em suas diversas modalidades) são o meio hábil, adequado, eficiente e mais útil de tutela e defesa dos direitos fundamentais sociais, como direitos metaindividuais. Os interesses subjetivos envolvidos nestas demandas são aptos e melhor se amoldam à tutela coletiva, espraiando efeitos aos aspectos instrumentais relacionados.

2.5. Eficácia e alcance das sentenças nas ações coletivas

Ao tratar da eficácia das sentenças nas ações coletivas vale um breve registro de que a questão merece reflexão na perspectiva de Pontes de Miranda no que concerne as cinco eficácias sentencias: declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental,¹⁵⁸ uma vez superada a visão trinária que reconhecia apenas três eficácias das sentenças.

Especificamente em relação às ações coletivas, tem-se a possibilidade de ordens judiciais, como espécies de tutela mandamental,¹⁵⁹ uma vez que, tal espécie

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39.

¹⁵⁷ Vide Capítulo 1, item 1.4. desta pesquisa.

¹⁵⁸ ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 77.

¹⁵⁹ Pontes de Miranda ao tratar sobre a função mandamental do juízo: “Alude-se, no étimo, à mão, à *manus*, e a semelhantes palavras de outras velhas línguas. Porque quase só se trabalhava com a

atende todas as exigências do que é mais moderno e adequado para a realização de direitos coletivos (sentido amplo).¹⁶⁰

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta o que segue a respeito da questão:

Daí, igualmente, a preferência cada vez maior emprestada aos remédios jurisdicionais, mesmo os de natureza definitiva, não só tendentes a reconduzir a situação litigiosa ao *status quo ante*, isto é, que atuem após a lesão, mas especialmente em relação aos que permitam evitar o aparecimento do dano. Em outras palavras, nem sempre é satisfatória ou adequada a modalidade tradicional de tutela sancionatória ou estado anterior, quer sob as formas secundárias de reparação ou de ressarcimento. Em certos casos, impõe-se a disponibilidade de tutela preventiva, permitido o emprego de providências judiciais capazes de impedir a lesão, antes mesmo de consumada, seja *ab initio* ou pelo menos nos seus pródromos.¹⁶¹

Aqui, sem maiores dificuldades teóricas, em se tratando de sentenças em ações coletivas, tem-se superado de que tais ordens estariam adstritas a tutela para fins meramente repressivos e/ou de reparação pecuniária, com esteio na classificação quinária das eficácias sentenciais.¹⁶²

Ora, o reconhecimento da função mandamental das sentenças nas ações coletivas implica, em igual forma, no possível alcance declaratório ou constitutivo do comando decisório.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao analisar os efeitos da sentença na ação civil pública reconhece uma função precípua cominatória, porque o objeto destas ações é voltado para a tutela específica de um interesse metaindividual, mas

mão, formou-se o *Mann*, o homem, em tantas zonas do mundo. Com a mão, aponta-se, mas o mandamento refere-se ao movimento da mão e à premência de obedecer. Foi grave erro dos juristas menosprezarem a busca dos pesos de mandamentalidade nas ações e nas sentenças... A função mandamental do juízo ou é exercida na própria sentença, ou é deixada a atividade posterior, dele ou de outrem." MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 1998. p. 23.

¹⁶⁰ ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 78.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos aos consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 88.

¹⁶² Sobre tal aspecto assevera Hermes Zaneti Jr.: "São duas as principais correntes doutrinárias quanto às eficácias da sentença. A ternária ou tríplice, que entende por três as eficácias sentenciais, ou seja: eficácia declaratória, eficácia constitutiva e eficácia condenatória; e, a doutrina quinária. A idéia sustentada neste trabalho é a classificação quinária de Pontes de Miranda, que agrega às três conhecidas classes da doutrina europeia continental – condenatória, constitutiva e condenatória – mais duas classes a saber, as executivas e as mandamentais." ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 78

sem perder de vista a possibilidade das sentenças nestes casos serem declaratórias ou constitutivas.¹⁶³

Logo, cabíveis todos os tipos de pedidos nas ações coletivas, serão possíveis, em regra, todas as formas de sentenças, desde que adequadas aos pleitos formulados em razão do princípio da congruência ou correlação.¹⁶⁴

No que diz respeito ao alcance das sentenças, visto que são admissíveis todas as espécies de sentenças nas ações coletivas, o tema se aproxima do aspecto principal defendido nesta pesquisa: a importância do direito em julgamento ocasiona a ampliação da discricionariedade judicial de tal forma a mitigar os princípios da demanda e correlação.¹⁶⁵

Eis o ponto. Tal questão será objeto de estudo pontual no capítulo seguinte, a despeito disto, é salutar tratar outros aspectos sobre o alcance das sentenças nas ações coletivas.

O primeiro deles, mormente o mais relevante: o juízo goza de liberdade acentuada, para fins de melhor atender o direito material em debate, não estando vinculado, necessariamente, à espécie de medida pela qual optou o autor,¹⁶⁶ e

¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 341 – 343.

¹⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302.

¹⁶⁵ Nelson Juliano Schaefer Martins ao tratar sobre os princípios dispositivo e da demanda, assevera que os poderes jurisdicionais do juiz encontram limitações nestes primados previstos no Código de Processo Civil: “O princípio dispositivo corresponde ao respeito ao patrimônio jurídico dos indivíduos e tem como consequência “a limitação objetiva da sentença ao pedido como foi formulado”. Não é permitido ao juiz, no exercício de seus poderes jurisdicionais, a prolação de decisão de *extra* ou *ultra petita*. O princípio da demanda diz respeito à impossibilidade de o juiz examinar a controvérsia sem provocação da parte e o princípio dispositivo consiste na proibição de o julgador agir e decidir por sua própria iniciativa nos autos do processo. (...) O princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes “em relação a uma causa determinada posta sob julgamento”. O princípio da demanda “refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional”. O princípio dispositivo estabelece os limites para o juiz no cumprimento de sua função jurisdicional, ou seja, na condução daquela causa específica e na busca e produção material probatório correspondente. O princípio da demanda “baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes”. O princípio da demanda limita o juiz aos pedidos formulados pelas partes. O princípio dispositivo limita o juiz no que se refere às iniciativas das partes “quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide”. O princípio da demanda preserva a vontade e a “soberania das partes na determinação das ações sobre as quais pretendem litigar”, enquanto que o princípio dispositivo “define e limita o poder de iniciativa do juiz em relação a essas causas efetivamente ajuizadas pelas partes”. MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Dialética. 2004. p. 186 – 187.

¹⁶⁶ Ricardo de Barros Leonel sustenta posição diametralmente oposta no sentido de que o juízo está jungido à espécie de medida pela qual optou o autor. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 304.

ultrapassar as linhas daquilo que foi apresentado objetivamente pelas partes (se distanciar, justificadamente, do princípio da demanda).

Aliás, tal posição reverbera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ que em outras questões, igualmente dotadas de relevância constitucional e alcance social, decidiu que podem e devem ser assim tratadas no campo processual.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Quinta Turma, ao julgar o Recurso Especial n.º 127902/SP, entendeu no ano de 1997, que a decisão que concedeu auxílio-doença ao invés de aposentadoria por invalidez pleiteada em demanda deduzida contra a Previdência Social ultrapassou os limites do pedido inicial. Sinalizou, naquela oportunidade, que a sentença feriu o art. 460 do Código de Processo Civil, e, por isso, deveria ser considerada *ultra petita*, passível de anulação.¹⁶⁷

A despeito disso, num julgamento posterior, a mesma turma, nos autos do Recurso Especial n.º 105003/SP, proferiu manifestação diametralmente oposta, entendendo que a decisão que concedeu auxílio-doença ao invés de aposentadoria por invalidez requerida não configura julgamento *extra petita*.¹⁶⁸

Doravante, o Superior Tribunal de Justiça consolidou tal entendimento,¹⁶⁹ mantendo-se firme no sentido de que a relevância social envolvida no direito

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Concessão de auxílio-doença. Decisão "ultra petita". Não conhecimento - as alterações do recorrente não procedem, pois constata-se que a sentença de primeiro grau ultrapassou o pedido inicial e feriu o artigo 460 do código de processo civil, porque o obreiro pleiteava a aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42 da lei 8.213/91 e a autarquia foi condenada a conceder e pagar ao autor auxílio-doença, nos termos dos artigos 59 e 60 da lei n. 8213/92 - Correto o argumento da autarquia, acatado pelo acordão recorrido - Recurso não conhecido. REsp 127902 / SP. Quinta Turma. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 6 de out. 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700260593&dt_publicacao=06-10-1997&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 22 de abr. 2016.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Previdenciário. Processo civil. Aposentadoria por invalidez. Concessão de auxílio-doença. Julgamento "extra petita". Inexistência - Verificada nos autos a condição de doença do segurado, caracterizada pela totalidade e temporalidade da incapacidade para o exercício da atividade laboral, não configura julgamento "extra petita" a concessão de auxílio-doença em vez da aposentadoria por invalidez inicialmente requerida - Precedentes jurisprudenciais - Recurso não conhecido. Resp 105003/SP. Quinta Turma. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 22 de fev. de 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600530114&dt_publicacao=22-02-1999&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

¹⁶⁹ RESP 1426034/AL; AgRg no AREsp 493329/RJ; AgRg no REsp 1320249/RJ; AgRg no REsp 1388959/SC.

previdenciário – direito fundamental social – autoriza o Juiz conceder benefício diverso do pretendido na petição inicial, sem que isso importe em julgamento *extra ou ultra petita*.

Da análise dos elementos essenciais do julgado citado acima, relatado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, tido como um dos precedentes precursores na matéria extrai-se a possibilidade de o Juiz, tendo em vista a importância social do tema, dizer o direito aplicável à espécie.

Examinando julgados mais recentes sobre o tema, vê-se o Recurso Especial n.º 1.426.034/AL,¹⁷⁰ o Relator, Excelentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques, invoca nos fundamentos de seu voto os dizeres de José Antonio Savaris para fixar que a lide previdenciária, de proteção social, orienta-se pela eficácia normativa do devido processo legal: [...] “mercê de sua dignidade constitucional, prevalece sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário.” [...] ¹⁷¹

De igual forma, cita Luiz Guilherme Marinoni para enfatizar:

A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, e, assim, considerando as várias necessidades do direito substancial, dá ao Juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.¹⁷²

A forma como o Superior Tribunal de Justiça decidiu a questão, propicia uma leitura adequada do princípio da demanda, à luz da importância social do direito debatido e da devida adequação das regras processuais aos comandos constitucionais. De maneira que a relevância do tema autoriza a ampliação dos poderes instrutórios do juiz e a possibilidade de aplicar a tutela jurisdicional de forma diferenciada.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil e previdenciário. Recurso Especial. Conversão de aposentadoria especial em pensão por morte. Ato de conversão deferido no processo de execução. Óbito do segurado após prolação da sentença de procedência. Julgamento extra ou ultra petita. Não configuração. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e não provido. Resp 1426034 / AL. Segunda Turma. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 11 de junho de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35898622&num_registro=201304125298&data=20140611&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 de abr. 2016.

¹⁷¹ SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 116.

Se tal posição cabe na moldura de assuntos que pela sua importância, ainda que na seara dos interesses individuais, merece tratamento diferenciado, com maior razão no campo de demandas cujo interesse diz respeito a uma coletividade,¹⁷³ também envolvendo direitos fundamentais sociais – interesses metaindividuais.

A vertente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça irradia efeitos de modo a servir de paradigma para analisar seu alcance a outras disciplinas processuais como, por exemplo, a tutela social coletiva. A atuação do juiz pode e deve ser mais ampla uma vez que, nesta hipótese, o resultado do processo alcança, seja como resultado direto ou reflexo, o interesse da sociedade.

Sem perder de vista que o Superior Tribunal de Justiça preocupou-se com a situação de vulnerabilidade dos demandantes nestas ações, fato que, certamente, também influenciou a abertura de um posicionamento excepcional para julgar tais ações. Essa excepcionalidade deve, respeitadas as condições de cada caso, ser aplicada nas ações coletivas.

O exercício argumentativo do juiz, e não a mera subsunção da norma ao caso e o controle de eventual casuísmo é feito a partir da utilização dos argumentos na construção das decisões. A interpretação de um mesmo princípio pode favorecer a decisão favorável ou contrária a um membro de um grupo minoritário ou grupo de indivíduos vulneráveis, a depender da elaboração e dos recursos argumentativos que fundamentam a decisão do julgador.¹⁷⁴ Este argumento somado à importância do direito em julgamento e repercussão coletiva do processo.

A lei corrobora a assertiva acima com um exemplo técnico de mitigação ao princípio da demanda e ampliação do poder de adequação do juiz em favor dos

¹⁷³ Afirma Raimundo Simão de Melo: “A tutela coletiva é um portentoso instrumento de cidadania e de acesso democrático à função jurisdicional, porque busca combater as causas, enquanto que tutela individual usa toda a máquina estatal apenas pelos efeitos. A tutela coletiva vislumbra novos tempos sobre a prestação jurisdicional, cujos aprimoramento e implementação dependem dos legitimados coletivos e do Poder Judiciário, requerendo-se de todos uma mudança de mentalidade para se romper as amarras do processo individual e passar para as formas coletivas de atuação.” MELO, Raimundo Simão. *Coletivização das ações individuais no âmbito da justiça do trabalho*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/reflexoes-trabalhistas-coletivizacao-aco-es-individuais-ambito-justica-trabalho>. Acesso em: 25 de abr. 2016.

¹⁷⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. MITUZANI, Larissa. *Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro*. Seqüência – Publicação do programa de pós Graduação em Direito da UFSC. v. 32, n. 63, dez./2011. p. 349.

direitos fundamentais. É o caso dos processos de investigação de paternidade: o art. 7º da Lei 8.650/1992 autoriza, expressamente, o juiz sempre que reconhecer a paternidade, fixar em sentença os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Ainda sobre a exceção ao princípio da correlação ou demanda, Vallisney de Souza Oliveira aponta os seguintes casos: tutela específica, fungibilidade de ações possessórias, correção monetária e juros, litigância de má-fé, e outras.¹⁷⁵ Relata também o caso de erro de pedido formulado pelo advogado:

Para Hernán F. López Blanco, já não existe razão para não se permitir ao juiz civil julgar com base no que se prove dentro do processo e para se poder eliminar, de uma vez por todas, ao menos o julgamento *ultra petita*, porque não se afigura justo que, por uma indevida apreciação do autor, por falta de experiência de seu advogado, ou, enfim, por qualquer motivo, a limitação existente em suas pretensões impeça o logro completo do direito que lhe assiste, já que, deste modo, se deixa “ao olvido” a função restauradora da ordem jurídica concedida ao juiz como representante do Estado.

[...]

Como o processo não é um jogo, deve-se sempre verificar os fatos e o contexto e tirar as conseqüências jurídicas daí advindas. Por conseguinte, o erro material do pedido deve ser reparado, conquanto se tenha de violar a regra da eventualidade, desde que não se transgrida também o princípio do contraditório.¹⁷⁶

Prepondera assim, com pontual justificativa e motivação, nas sentenças em ações coletivas, a exemplo dos casos acima relatados, a possibilidade de efetivação do direito material, ainda que seja necessário mitigar, em parte, o princípio da correlação ou demanda, forjados no formalismo exacerbado de outrora, com o escopo único de melhor atender o direito material e situações jurídicas atuais altamente complexas.

A proposta de abertura e potencialização do processo coletivo e suas decisões visa permitir que tal instrumento sirva, para resolução, com maior

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 283.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 316 – 317.

efetividade, de um problema de toda coletividade, reforçando o papel do “povo” na exigência dos direitos fundamentais como base da legitimação democrática.¹⁷⁷

Américo Bedê Freire Junior conclui: [...] “a abertura do processo coletivo um meio eficaz para, numa sociedade plural, estimular o debate e viabilizar uma fundamentação adequada da futura decisão judicial sobre políticas públicas.”¹⁷⁸

Em se tratando da eficácia e alcance das sentenças nas ações coletivas, a abordagem se relaciona com o papel do juiz nestas demandas. Cassio Scarpinella Bueno apresenta duas questões fundamentais a respeito: qual a liberdade para atuação do juiz na interpretação do direito positivo brasileiro visando ao preenchimento de todas estas condições impostas pelo devido processo legal às ações coletivas? Qual seu papel diante dos conceitos vaguíssimos selecionados pela lei e criadores das situações legitimantes?¹⁷⁹

Ao respondê-las, evidencia a tese convergente com a presente pesquisa: as novas linhas do processo civil contemporâneo não permitem que o juiz possa deixar de atentar à necessidade de sua participação no desenvolvimento da relação processual. E mais, deve ter participação ativa para garantir os princípios constitucionais e a efetiva tutela jurisdicional que dele se espera. Seu papel ultrapassa a mera declaração do direito aplicável à espécie.¹⁸⁰

Dois aspectos são fundamentais na instrução e julgamento das ações coletivas, notadamente nos casos de discussão de direitos fundamentais sociais –

¹⁷⁷ Peter Haberle assevera: “Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é interprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas no regime com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público.” HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 37.

¹⁷⁸ FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

¹⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *As Class Actions norte-americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/index.php/para-ler.html>. Acesso em: 24 de jun. 2016.

¹⁸⁰ Ibidem

cerne desta pesquisa: i) colocar em marcha novos mecanismos processuais; ii) melhoramento (boa técnica, interpretação) dos já existentes.¹⁸¹

Fixada tais premissas, será apresentado a seguir um passo ainda mais significativo, no sentido de que as ações coletivas que envolvem direitos sociais comportam um comportamento diferenciado do juiz, não só de instrução da causa, mas também de julgamento, sem perder de vista a apresentação de limites para tanto.

¹⁸¹ Miguel Carbonell e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ao escrever sobre os direitos sociais e sua justiciabilidade direta afirmam: “Los derechos sociales tienen que ser entendidos – dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador – como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.” CARBONELL, Miguel. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. México: Editorial Flores, 2014. p. 20 – 21.

CAPÍTULO 3 - A ATUAÇÃO DO JUIZ NAS AÇÕES COLETIVAS QUE ENVOLVEM DIREITOS SOCIAIS

Fixadas as características que tornam os processos de índole coletiva singulares, cuja importância guarda significativa otimização pela natureza dos direitos em discussão (fundamentais sociais);¹⁸² dito, ainda, que a atuação do Poder Judiciário é mais ampla, pois ao tratar da efetivação dos direitos sociais, nas demandas de massa, deve pronunciar-se da maneira mais eficaz e plena possível, cumpre discorrer sobre a atuação do juiz nestes casos.

Um primeiro ponto que merece consideração diz respeito ao caráter diferenciado do procedimento nas ações coletivas que carregam em seu bojo a discussão sobre o cumprimento dos direitos fundamentais sociais. Essa técnica processual diferenciada deriva da necessidade e relevância do direito material envolvido e das particularidades próprias e específicas do caso.¹⁸³

A partir da natureza social do direito em discussão e o envolvimento coletivo de partes,¹⁸⁴ tem-se um dos poderes do juiz, numa perspectiva de atuação ampliada, referente à possibilidade de adequação (poder de adequação), como um dos vetores para, por exemplo, o juiz decidir questão não pedida expressamente na inicial, mas que deriva da pretensão deduzida na exordial como um todo. Mencionado poder refere-se também, assim, à prerrogativa do juiz de, exercendo o poder de adequação procedimental às normas abertas, identificar a técnica processual adequada consoante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁸⁵

¹⁸² Vide Capítulo 2, item 2.5. desta pesquisa.

¹⁸³ Luiz Guilherme Marinoni esclarece sobre os motivos que desaconselham um procedimento uniforme e neutro: [...] “É que a imprescindibilidade de técnicas processuais diferenciadas não deriva apenas das necessidades do direito material – vistas em abstrato –, mas igualmente do caso concreto, que sempre possui particularidades próprias e específicas. Ou seja, ainda que o legislador edite um procedimento adequado a uma situação de direito substancial, isto jamais bastará para atender às circunstâncias do caso concreto. Não há como confundir uma necessidade de direito material – pensada em abstrato – e as peculiaridades do caso, uma vez que toda situação de direito material é particularizada no caso concreto.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 434.

¹⁸⁴ Vide Capítulo 1, item 1.4 desta pesquisa.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

Isso deriva também do fato de que o juiz atua na proteção de direitos subjetivos, derivados de normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, sendo sua obrigação dar operatividade a essa proteção. É o que ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

As normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as «realidades da vida», os «dados reais» como... «dados» ou «realidades». Garantem ou protegem esses «dados reais», configurando direitos *subjectivos* (ex.: direito à liberdade), *direitos de prestação* (ex.: direito ao ensino, direito aos tribunais), *direitos processuais e procedimentais* (ex.: direito a ser ouvido em processo penal ou em processo disciplinar), *garantias de instituto e garantias institucionais* (ex.: protecção da maternidade, garantia de propriedade privada) e *direitos de participação* (ex.: direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos «efeitos jurídicos» que resultam do facto de uma norma recortar certos «dados da realidade» como objeto de protecção. Para dar operatividade a essa protecção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos.¹⁸⁶

Efetivar essa proteção implica em outorgar ou corrigir políticas públicas (entendidas como instrumento de execução pelo Estado dos direitos fundamentais sociais). É dever de todos os poderes do Estado proteger e promover os direitos fundamentais,¹⁸⁷ incluído o Poder Judiciário quando provocado, valendo-se de instrumentos processuais ampliados, se necessário.

A possibilidade de exercer o poder de adequação, o que gera maior liberdade ao juiz para solucionar o litígio, converge com a ideia do processo civil e da atividade judicante amoldados ao direito constitucional e voltados ao problema social concreto, cuja eventual resolução terá maior eficácia.¹⁸⁸

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1262.

¹⁸⁷ É o que defende Felipe de Melo Fonte: [...] “Em outras palavras, radica-se na ideia geral de que o dever de proteger e promover os direitos fundamentais irradia-se a todos os poderes e órgãos do Estado, não lhes sendo legítimo omitir-se a todos os poderes e órgãos do Estado, não lhes sendo legítimo omitir-se em tal tarefa. Sendo assim, onde puder ser reconhecido um *dever estatal* de proteção específico, também será necessário cogitar-se a respeito da efetividade com que o Estado se desincumbiu deste ônus, incidindo aí o controle judicial. Embora a escolha dos meios de proteção dos direitos fundamentais seja atribuída, inicialmente, aos órgãos legislativo e executivo, elas são passíveis de submissão ao controle judicial de constitucionalidade. Neste passo, cabe ao juízes avaliar os meios que estavam à disposição dos Poderes Públicos e julgá-los, para dizer se o dever de proteção foi cumprido de modo adequado.” FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227.

¹⁸⁸ Carlos Augusto Silva defende que o processo civil, além de disciplinar o exercício do poder estatal, pode ser manejado como estratégia de poder: [...] “Desse modo, o processo civil disciplina o exercício do poder estatal de acordo com determinadas estratégias. Se a estratégia do detentor do poder é a de reduzir a atuação dos juízes nas causas de seu interesse, o governante, então, assim conformará

Partindo deste pressuposto, tem-se, de igual forma, viável mitigar princípios que, numa visão clássica, figurariam como impeditivos para sustentar que pode o juiz, a rigor, agir de forma diferenciada adequando o procedimento as necessidades peculiares da lide.¹⁸⁹

3.1. As políticas públicas como forma de execução pelo Estado dos direitos fundamentais sociais

O Estado, a partir das previsões constitucionais quanto aos seus objetivos e estrutura, se organiza por meio de diversos órgãos, para realização, em uma alta profusão, de atividades.¹⁹⁰ E tais atividades são, essencialmente, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.

Conforme o desenho traçado pela Constituição Federal de 1988, cumpre ao Estado brasileiro a plena e satisfatória consecução dos direitos fundamentais sociais, por intermédio da atividade administrativa. Do ponto de vista da atividade executiva exercida pelo Estado, as políticas públicas são um dos instrumentos de cumprimento dos objetivos fixados na Constituição Federal de 1998.

Veja-se que, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu significativo avanço na concretização dos direitos e no controle judicial de políticas públicas, o que reforça a vinculação dos atos administrativos aos Direitos Fundamentais Sociais que, como já se sustentou, é imediata. Afirma Flávio Pansieri: [...] “os Direitos Fundamentais Sociais também vinculam os *actos de governo* do Poder Executivo praticados no exercício das funções políticas e governamentais.”¹⁹¹

Para melhor compreensão desta afirmação – políticas públicas como atos de governo – é preciso abordar a sua definição, sem perder de vista o pertinente

as normas processuais. Os modelos processuais, como já ressaltado no primeiro capítulo, refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades que se inserem.” SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 73 – 74.

¹⁸⁹ Referência aos princípios da correlação, dispositivo e demanda. Vide Capítulo 2, item 2.5 desta pesquisa.

¹⁹⁰ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

¹⁹¹ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160.

alerta feito por Maria Augusta Bursztyn e Marcel Bursztyn de que, no momento atual, na concepção do Estado moderno, a definição deste instituto tem caráter interdisciplinar, reunindo elementos de diversos campos científicos, como a ciência política, sociologia, direito, economia e a psicologia social.¹⁹² Assim definem políticas públicas: “as ações regulares, institucionalizadas, de governos, visando a objetivos e a fins determinados”.¹⁹³

Relacionar a definição de políticas públicas às ações governamentais é fundamental, pois disto decorre a obrigação do Estado de, ao efetivar tais políticas, atender, preservar e cumprir o bem comum e a satisfação dos direitos sociais.

Iniciam-se as colocações com as perspectivas de Maria Paula Dalaria Bucci sobre o tema, ao evoluir na formulação do conceito por ela anteriormente apresentado,¹⁹⁴ no qual assinala que política pública é programa de ação governamental resultante de processos juridicamente regulados com o escopo de regular os meios à disposição do Estado e as atividades privadas. Isso, conforme a autora, a fim de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁹⁵

Destaca, também, ao aperfeiçoar o conceito, os processos juridicamente regulados: processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo eleitoral. Na decomposição deste conceito, a autora extraiu os fatores que denominou de estruturação: ação-coordenação, processo e programa.

E ainda no que tange a definição de políticas públicas, a fim de ilustrar a variedade, relevância e relação com as ações governamentais, vale reproduzir

¹⁹² BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. *Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012 p. 146.

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ Tal conceito representa uma evolução do conceito anterior apresentado pela autora na obra *Direito administrativo e políticas públicas*: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política em direito. In: BUCCI, M.P.D. *Políticas públicas: reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁹⁵ Ibidem

tabela elaborada por Gema Pastor Albaladejo, que demonstra como as definições evoluíram:¹⁹⁶

Tabla 1: Definiciones de política pública

Autor	Definición
Harol D. Lasswel Abraham Kaplan (1950)	“Um programa proyectado de valores, fines e prácticas”.
Albert Somit Joseph Tanehaus (1967)	“La totalidad de lá acción gubernamental”.
Hugh Hecló (1972)	“Curso de acción adelantado bajo la autoridad de los Gobiernos”.
Hugh Hecló Aaron Wildavsky (1974)	“Una de acción gubernamental dirigida al logro de objetivos fuera de ella misma”.
James E. Anderson (1975)	“Uma secuencia intencionada de acción seguida por um actor o conjunto de actores a la hora de tratar con un assunto que les afecta (...) y son aquellas desarrolladas por cuerpos gubernamentais y sus funcionarios”.
Laurence E. Lynn (1980)	“Un conjunto específico de acciones de gobierno que producirán, por su diseño o por otras razones, una clase particular de efectos”.
Willian Dun (1981)	Las “políticas publicas son una larga serie de opciones más o menos relacionadas (incluyendo decisiones de no actuar) hechas por cuerpos y oficiales gubernamentales”.
Guy Peters (1986)	“La suma de las actividades de los gobiernos, bien por médio de una actuación directa, bien por médio de agentes, en la medida en que tenga una influencia sobre la vida de los ciudadanos”.
Thomas R. Dye (1987)	“Las políticas públicas son todo aquello que los gobiernos eligen hacer o no hacer”.
Yves Mény Jean-Claude Thoenig (1992)	“Programa de acción gubernamental en un sector de la sociedade o en un espacio geográfico”.
Jean-Claude Thoenig (1997)	“El trabajo de las autoridades investidas de legitimidad pública gubernamental y que abarca múltiples aspectos, que van desde la definición de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación”.
Pierre Muller Yves Surel (1998)	“Proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos”.
Michael K. Kraft Scott R. Furlong (2007)	“Curso de acción o inacción gubernamental en respuesta a problemas públicos”.
Peter Knoepfel Corinne Larrue Frédéric Varone Miriam Hinojosa (2007)	“Una concatenación de decisions o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actors, públicos y ocasionalmente privados – cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían -, a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”.

Fuente: Elaboración propia a partir de la consulta de los autores citados na tabla 1.

¹⁹⁶ ALBALADEJO, Gema Pastor. *Teoría y práctica de las políticas públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 20.

Das definições tratadas, evolutivas – de 1950 a 2007 – quanto à época em que foram formuladas, extrai-se a presença de dois elementos comuns, que ligam as políticas públicas a atuação do Poder Público voltada ao atendimento e a solução dos problemas sociais: ações governamentais e interesse coletivo.

Pois bem. Malgrado o suporte jurídico derivado do conceito – e dos elementos que o compõe – desenvolvidos pelos diversos autores citados, ao ampliar a relação das políticas públicas com outros campos disciplinares, Enrique Saravia apresenta uma definição com perspectiva operacional, nos seguintes termos:

Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.¹⁹⁷

Ao traçar os componentes comuns, caracterizadores de uma política pública, o indicado autor apresenta os seguintes elementos extraídos dos dicionários de ciência política: institucional, decisório, comportamental e causal.¹⁹⁸

Em verdade, os aspectos apresentados acima servem de apoio na formação da definição de política pública de forma a permitir a construção de sua essência e natureza relacionadas com outros campos sociais e fortíssima ligação com os direitos fundamentais. Os elementos, somados aos aspectos que compreendem um paradigma formulados por Thomas S. Kuhn,¹⁹⁹ podem servir de estabilizadores como itens constitutivos de uma política pública a fim de apresentar uma explicação do seu papel no processo de categorização cognitiva e de construção social.²⁰⁰

Toda construção e/ou análise sobre efetividade e eficácia da política pública, assim como o diagnóstico sobre seus eventuais resultados, ganham significativo relevo quando sustentados numa visão ampla do seu conceito para

¹⁹⁷ SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 29.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁹⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

²⁰⁰ SUREL, Yves. *Les Politiques Publiques Comme Paradigmes*. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). Paris: l'Harmattan, 1995. p. 44.

além do campo cognitivo e normativo, não obstante, um possível cenário abstrato que dificulta vislumbrar a definição prática e etapas da política pública.²⁰¹

Não é por outro motivo que ao se decompor os diversos aspectos no estudo do conceito de políticas públicas e/ou da política em si, a definição teórica dada por cada um dos autores invocados tem substancial relevância: Maria Augusta Bursztyn e Marcel Bursztyn focados na interdisciplinaridade da disciplina; Maria Paula Dalari Bucci com seu enfoque jurídico; Enrique Saravia abordando o aspecto social; Yves Surel discutindo a natureza das políticas públicas como paradigma.

Com efeito, identificar o conceito amplo de políticas públicas, seus arranjos e reflexos a diversas disciplinas sociais, auxilia a compreender que as políticas públicas não podem se desviar dos direitos fundamentais sociais (núcleos constitucionais de irradiação) e tem por finalidade a efetivação destes direitos.²⁰²

Flávio Pansieri, em grande esforço teórico para justificar a vinculação e conformação das políticas públicas aos direitos fundamentais, assevera:

Assim as Políticas Públicas podem tomar diversas formas no mundo jurídico, porém deverão estar de acordo com os direitos fundamentais sob pena de serem obstadas pelo poder judiciário, ou em momentos determinados podendo o próprio judiciário determinar a implementação destas [...].²⁰³

Ora, se os núcleos de irradiação constitucional são os direitos fundamentais sociais e que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo dar efetividade a estes direitos, o ato administrativo ou lei editada para tanto se inserem nas políticas públicas.

Assim, na esteira do tratado no item sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais, as políticas públicas como instrumentos voltados ao cumprimento dos direitos sociais, se sujeitam ao controle judicial.

²⁰¹ Aludidos elementos foram assim descritos: princípios metafísicos gerais, hipóteses e leis, metodologia, instrumentos e ferramentas. *Ibidem*, p. 45.

²⁰² Osvaldo Canela Junior vincula as políticas públicas aos núcleos constitucionais de irradiação. A seu ver, o destino dos núcleos constitucionais de irradiação é a realização dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas constituem seu veículo material. CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

²⁰³ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161 – 162.

A assertiva deriva do que fixa a Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu art. 5º, XXXV que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com base no dispositivo, outra não poderia ser a conclusão, com fulcro na inafastabilidade da jurisdição, de que as políticas públicas podem ser submetidas ao controle judicial.²⁰⁴

Em relação ao alcance da tutela judicial nas políticas públicas, o Poder Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos, aqui especificamente os direitos fundamentais sociais. Diversos são modos de acionar o controle judicial de políticas públicas: “As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir das *class actions* norte-americanas, são o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas”.²⁰⁵

O julgamento de demandas envolvendo políticas públicas pelo Poder Judiciário deve ocorrer a partir da sua adequação dos meios aos fins, pode corrigi-las quando inadequadas ou omissas quanto ao fim a que se destinam, no caso de omissão ou de contrariedade com os seus núcleos constitucionais de irradiação, ainda que sua atribuição seja residual e não caiba intervir indistintamente.²⁰⁶

No controle judicial de políticas públicas, como ferramenta utilizada pelo Estado para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, a atuação do Poder Judiciário é mais ampla, devendo pronunciar-se da maneira mais eficaz e plena possível, notadamente, nos processos de índole coletiva.

O correto domínio e conhecimento acerca da definição de políticas públicas serve, como um dos critérios da devida aplicação da tutela jurisdicional diferenciada e cognição ampliada, conforme adiante será tratado, evitando abusos e excessos na atuação do juiz nestes casos.

²⁰⁴ Ao comentar o aludido dispositivo, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, afirmam: “O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81.

²⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política em direito. In: BUCCI, M.P.D. *Políticas públicas: reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.31.

²⁰⁶ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

3.2. Ampliação dos poderes decisórios e aplicação da tutela jurisdicional de forma diferenciada

Percorridos os fundamentos até aqui expostos, evidencia-se a possibilidade de o juiz atuar de forma diferenciada nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais,²⁰⁷ com cognição mais profunda e ampliada para fins de formar o melhor convencimento e compreensão sobre a matéria social examinada, circunstância diretamente relacionada com o controle judicial de políticas públicas.

Neste campo, o juiz deverá utilizar um processo no qual pode colher informações da Administração para buscar uma decisão acertada, aplicando cognição mais profunda e ampliada,²⁰⁸ circunstância que, inclusive, encontra respaldo no Código de Processo Civil de 2015 conforme a seguir será tratado.

Esse critério de ampliação dos poderes decisórios do juiz, estimula sua atuação na solução da lide, pois as suas ações relacionadas ao processo se intensificam haja vista o interesse público e coletivo envolvidos na demanda que ganha ainda maior relevo na busca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais.

No tocante a essa forma de agir do juiz, é pertinente esclarecer que nestes casos não prepondera o minimalismo judicial²⁰⁹ uma vez que tal conduta implicaria, ao menos na maior parte dos casos, em afastar a tutela judicial

²⁰⁷ Donaldo Armelin afirma: “A temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e também em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela.” ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional diferenciada*. Revista de Processo, vol. 65, p. 45, Jan./1992.

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 149.

²⁰⁹ Em sentido oposto, Felipe de Melo Fonte ao apresentar sua preferência pelo formalismo interpretativo e minimalismo judicial no controle judicial de políticas públicas, apresenta dois princípios gerais que deve o magistrado atender a fim de rechaçar a acusação de decisionismo: “(i) pautar-se, o máximo possível, pela vinculação aos conteúdos jurídicos já densificados pelo próprio constituinte ou, quando for o caso, pelo legislador ordinário, o que implica a primazia das regras sobre os princípios e a adoção do método interpretativo literal, sempre que possível; e (ii) diante de situações que inequivocamente lhe demandem a atuação, o magistrado deverá ingerir de forma menos invasiva possível em relação aos demais poderes do Estado. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194.

solucionadora do conflito. A relevância dos interesses judicializados acarreta ao juiz a valoração de princípios constitucionalmente protegidos e não a mera valoração, por si só, de fatos e provas.

Corroborando com essa afirmação o ensinamento de Camilo Zufelato:

Com efeito, essa decisão que deverá representar a *melhor escolha* segundo as políticas possíveis compatíveis com o Estado Democrático de Direito a partir da teoria dos princípios e não da aplicação da lei ao caso concreto implica inexoravelmente uma *atividade criativa do juiz*, que deverá compor a lide construindo a forma de execução da política pública prioritária naquela dada situação.²¹⁰

Recai sobre a atividade judicante o deferimento dos direitos sociais fundamentais, levados a efeito por políticas públicas. Os atores e elementos envolvidos em todo o processo de negociação e compromisso com as políticas públicas – cumprimento dos direitos sociais – são diversos e as demandas complexas,²¹¹ assim como os critérios de escolha de meios e fins, não podendo os envolvidos se afastarem dos valores constitucionais envolvidos.

De fato, a atuação contundente e diferenciada do Poder Judiciário é necessária e legítima, como última trincheira do cidadão na defesa dos direitos fundamentais sociais o que ocasiona a intervenção positiva no controle judicial de políticas públicas: [...] “espera-se do Juiz uma postura ativa quanto à execução das políticas públicas e análise das atividades políticas do governo, de forma a serem traçadas diretrizes para prevalência dos direitos fundamentais.”²¹²

²¹⁰ ZUFELATO, Camilo. *Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 322.

²¹¹ A respeito da negociação e compromisso na implementação de políticas públicas, Marco Falcão Critsinelis escreve o seguinte: “Ainda que este não seja o caso, isto é, que a decisão adotada seja para valer, é importante reconhecer que a mesma deverá requerer negociação e compromisso, qualquer que seja o fenômeno sobre o qual a ação irá incidir. Por isso, o acompanhamento e controle das políticas públicas exige que se tenha em mente que: a) muitas políticas representam compromissos entre valores e objetivos conflitantes; b) muitas políticas envolvem compromissos com interesses poderosos de dentro da estrutura de implementação; c) muitas políticas envolvem compromissos com interesses poderosos que serão afetados pela implementação; d) muitas políticas são formuladas sem que tenha sido dada a atenção necessária ao modo pelo qual forças poderosas (particularmente as forças econômicas) poderão impossibilitar a sua implementação. CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas públicas e normas jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 57.

²¹² MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?* Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 409.

O exercício desse controle, por violação aos direitos fundamentais sociais, serve para, se necessário, realinhar as formas de expressão do poder estatal aos comandos constitucionais:

Ao exercer controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de expressão do poder estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no art. 3º da Constituição da República. Por consequência, o Poder Judiciário não paralisará a atividade declaratória de lesão ao direito por invocação da teoria da “reserva do possível”, mas aplicará o princípio da proporcionalidade para manter a integralidade do sistema jurídico conferindo às populações marginalizadas o efetivo acesso à ordem jurídica justa.²¹³

Desta visão extrai-se que o controle exercido pelo Poder Judiciário é possível e legítimo, pois a ele cabe aferir a compatibilidade das ações estatais voltados ao cumprimento dos direitos sociais com os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988.²¹⁴

Ainda que não se estivesse aqui tratando de ações e direitos específicos – como critérios de atuação ampla e diferenciada do juiz – é possível identificar posições que sustentam a sua função criadora como aquele que compõe a primeira linha de contato com a realidade:

O juiz é, realmente, na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante no universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individualizada, suscetível de execução. É ele, portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador. É ele que, duplamente inserido no social, como pessoa e profissional, haure diretamente do ambiente que o envolve, todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transportar

²¹³ CANELA JR., Osvaldo. *O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 235.

²¹⁴ Marcelo Bastos afirma: “Vê-se, outrossim, que, no campo da realidade fática, ela faz tudo para implementar a prescrição constitucional. A sociedade brasileira não é, ou ao menos não pretende ser, neutra ou excludente, ao contrário, visa a evitar lesões ou ameaças a direitos em toda amplitude que essa expressão pode alcançar – o que já é um ganho –, pois proporciona, como já visto, a chegada dessas minorias ao órgão aplicador da Justiça Constitucional, como o segmento do Poder Estatal indicado para o resguardo de lesão ou ameaça ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário (inserido no inc. XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988) direito esse que nem o Poder Constituinte Originário pode suprimir, por ser um óbice sociológico ao mesmo.” BASTOS, Marcelo dos Santos. *Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC. n. 18, jul./dez. 2011.

ao nível de suas emissões decisivas, visando a diluição dos conflitos à sua órbita de resolução. Isto, principalmente no que tange ao juiz de primeiro grau, que é, sem dúvida, o verdadeiro criador do direito, uma vez que compõe a primeira linha de contato com a realidade social.” [...] ²¹⁵

Se esse contorno diz respeito à atuação do juiz de modo geral, quiçá nas hipóteses em que a solução a ser exarada requer a ponderação de valores e direitos constitucionais, ²¹⁶ nos casos coletivos. Isto representa que o juiz deve se distanciar do minimalismo judicial adequando o processo e procedimento, observado o princípio da proporcionalidade, ²¹⁷ na exata medida do direito em discussão, a fim de que aqueles sirvam como instrumentos de efetividade do direito. ²¹⁸

Se em todo processo existe interesse público, nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais o interesse público está sob análise e apreciação direta do juiz, ²¹⁹ potencializado pela presença de direitos metaindividuais e grande número de possíveis lesados.

Desse contexto emergem os pilares de sustentação deste trabalho: o exercício do poder de adequação pelo juiz, a maior liberdade probatória e de julgamento (mitigação aos princípios do dispositivo e da demanda), o pronunciamento jurisdicional proferido de forma diferenciada.

²¹⁵ GARCIA, Juvêncio Gomes. *A função criadora do juiz*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 154 – 155.

²¹⁶ Não é desconhecida as críticas teóricas a respeito do juízo de ponderação. Paulo Gustavo Gonet Branco apresenta o debate teórico: constitucionalismo e democracia e os críticos do juízo de ponderação. Malgrado, apresenta na mesma tese, dentre outras conclusões, a ponderação como metodologia judicial de definição e aplicação de direitos fundamentais. Diz: “Na medida em que ganha força a idéia de que o Poder Público deve ser exercido segundo exigências do postulado do respeito à dignidade da pessoa humana, estabiliza-se a noção de que o Estado, no momento em que legisla ou em que aplica o direito, não pode ser arbitrário. Isso redundando no postulado de que devem ser razoáveis as deliberações tomadas com força de autoridade e inspira a convicção da imperiosidade de se prevenirem abusos no exercício do poder. Uma arquitetura jurídico-política propícia a esse intuito integra o credo liberal, alinhado pela pedra angular da separação de poderes e da proclamação de direitos fundamentais. Esse ideário ganha matizes democráticos, quando se descobre no povo o soberano capaz de se reger, como corpo político, por intermédio dos seus representantes, no contexto de uma comunidade em busca do bem comum.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp148973.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

²¹⁷ Adverte o mesmo autor: “A verdade é que, conquanto o juiz, como se anuncia, não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade o criador do direito. Isto, contudo, não quer dizer que o juiz possa criar, a seu livre alvedrio, o direito. Deve o juiz, neste sentido, atuar dentro dos parâmetros legais, não podendo, destarte, decidir **contra legem**, agindo a **solutus legibus**, como na escola do direito livre, ou, romanticamente, como fazia o bom juiz Magnaud. Ao juiz não é dado suprimir princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas pode modificá-los, ampliá-los ou recusar a sua aplicação às circunstâncias de fato da causa.” [...] *Ibidem*.

²¹⁸ Vide Capítulo 1, item 1.4. desta pesquisa.

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

Aliás, ao tratar sobre os poderes do juiz na ação civil coletiva Américo Bedê Freire Junior apresenta algumas premissas relevantes que convergem com a ideia ora defendida:

[...] O juiz não pode ser uma marionete das partes, ele precisa ao menos perscrutar o que de fato aconteceu no mundo real.

[...]

No processo coletivo, além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita de provas, é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa. Essa conclusão, inclusive, pode ser extraída sistematicamente de nosso ordenamento jurídico. Há de ser feita, portanto, uma mitigação ao princípio da correlação entre o pedido e a sentença para fornecer ao juiz a maleabilidade necessária para produzir uma solução materialmente adequada à lide posta em suas mãos.

[...]

Filiamo-nos àqueles que permitem certa elasticidade ao magistrado para, fundamentalmente, preservar, por meio do processo, os direitos fundamentais do cidadão, mesmo que para tanto seja necessário fazer breves mitigações de princípios do processo.²²⁰

À luz desse entendimento, deve o juiz, aplicando, se distanciando da postura minimalista, uma conduta publicista e com enfoque no instrumental, pois tais teorias melhor se amoldam ao contexto constitucional social (no qual o Estado brasileiro deve obediência a direitos fundamentais sociais) e a um processo civil ajustado às necessidades da coletividade.²²¹

²²⁰ FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 99 – 101.

²²¹ Sobre o embate entre o privatismo e publicismo, Fernanda Tartuce defende a prevalência do primeiro: “Os privatistas ainda criticam o publicismo alegando violação às garantias processuais da imparcialidade e da igualdade: ao atuar na seara probatória, o juiz restringiria a liberdade das partes e assumiria papel inerentes a elas tomando partido do beneficiado pela prova. [...] Os defensores da concepção publicista, por sua vez, sustentam a necessidade de atribuição de poderes, sobretudo probatórios, ao juiz com base na efetividade da tutela jurisdicional; [...] Não se nega que, pelo princípio dispositivo cabe ao interessado postular seu direito em juízo e aportar os fatos que o sustentam, bem como dele desistir a qualquer momento; contudo, submetido o interesse à jurisdição do Estado e sendo o processo um instrumento de justiça estatal, a condução do processo e a prestação de tutela efetiva passam a ser de interesse público, dela não sendo possível dispor. Nesse ponto, faz-se mister a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício, pois para uma adequada prestação jurisdicional é preferível que ele supra as lacunas probatórias que tornam os fatos obscuros do que simplesmente aplique as regras de julgamento de ônus da prova em solução que pode distorcer a realidade dos fatos e ensejar injustiças. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 119 – 120.

A solução adequada e eficiente pressupõe a participação do juiz na avaliação e construção das provas – contraditório estimulado –, bem como admitir a ampliação dos seus poderes decisórios, pois disto depende a adequada prestação da tutela jurisdicional.

O processo, neste contexto, é um poderoso instrumento realizador de justiça à disposição da atividade judicante e das partes para buscar seus direitos quando inadimplidos pelo Estado. A dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva torna essencial a leitura do processo civil conforme a Constituição Federal e a importância do direito em apreciação.²²²

O procedimento pode, na prática, funcionar de forma aberta, sendo facultado ao juiz buscar junto à Administração informações precisas com o objetivo de conhecer e compreender a matéria e os seus limites.

Outrossim, como a proposta de abertura do procedimento é factível na seara das ações coletivas, ganha força a possibilidade de terceiros colaborarem com a lide e a realização de audiências públicas no âmbito da primeira instância;²²³ isto referente a propulsão dos poderes instrutórios e esgotamento acerca do conhecimento da matéria pelo juiz.

O comportamento e atuação diferenciados é o que se espera, em relação à postura da magistratura, naquilo que Dalmo de Abreu Dallari chamou de “a boa rebelião dos juízes”: um grupo de profissionais do quadro de juízes atuantes e preocupados com o prestígio teórico e a condição de Poder constitucional do Judiciário, voltados a dar ao mencionado Poder a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça.²²⁴

Cumprido citar mais uma vez Américo Bedê Freire Junior que justificando o fortalecimento dos poderes de atuação do juiz como meio de efetividade das normas, invocou a lição de Carlos Velloso:

²²² TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111.

²²³ *Ibidem*. p. 105.

²²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 78.

Frise-se que o fortalecimento dos poderes do juiz é o único meio para que possa ser alcançada a efetividade das normas postas no sistema, cabendo, para concluir, trazer à tona as precisas palavras do Min. Carlos Velloso, ao pontificar em brilhante discurso:

‘Numa solenidade em que são celebrados os direitos do homem, é oportuno que se fale no fortalecimento dos juízes, porque nada garante melhor os direitos declarados que juízes independentes, fortes e respeitáveis. Edouard Laboylayle, que escreveu a respeito do Poder Judiciário, especialmente do Poder Judiciário norte-americano, no século passado, no seu livro *A Constituição dos Estados Unidos*, registrou que, desde que haja juízes capazes de fazer respeitar a Constituição e as leis, o governo pode ser até absoluto, mas não será um governo déspota. O moleiro de Sans-Souci, resistindo a Frederico II e atirando-lhe à face a frase famosa – ‘Ainda há juízes em Berlim’ –, demonstra que, se Frederico II era um monarca absoluto, nem por isso era um déspota. E Frederico II não era um déspota, porque havia juízes e Berlim.

Quase duzentos anos depois, na mesma Alemanha, um déspota produziu o holocausto de um povo.

É que os juízes estavam sufocados ou mortos. Já não havia juízes em Berlim.²²⁵

De tudo isso decorre a necessidade de efetividade do processo coletivo, da relevância e participação do Poder Judiciário, não como usurpador das funções de outro poder constituído, longe disso, mas como garantidor de direitos fundamentais e pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro.²²⁶ A atuação do Poder Judiciário, nestes parâmetros, ganha ênfase nas chamadas ações de massa, uma vez que reclamam uma atuação diferenciada e inovadora de todos os envolvidos na defesa dos interesses sociais ali inseridos.

Mauro Cappelletti acentua o caráter criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais; e que toda interpretação é criativa e que se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional, pois nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade. Essa

²²⁵ FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 104.

²²⁶ Vide Capítulo 3, item 3.1. desta pesquisa.

é a causa que, a seu ver, acentuou, em nossa época, o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes.²²⁷

Para a solução de casos envolvendo interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos,²²⁸ normalmente discutindo direitos que abrangem questões difíceis e complexas, o fortalecimento dos poderes do juiz funciona como garantia aos jurisdicionados,²²⁹ pois só lograrão a efetiva tutela jurisdicional se o Poder Judiciário e as partes utilizarem as técnicas processuais de forma adequada, ajustando o direito instrumental ao discutido na lide.

O que se denominou de tutela jurisdicional diferenciada, no sentido de que pode o juiz julgar para além do que foi pedido pelas partes, decidindo questões que são reflexos do pedido inicial – desde que relacionadas com a pretensão deduzida –, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ que assim, em síntese, solucionou a matéria: nas ações civis públicas não configura julgamento *extra petita* a decisão que apreciou o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo; não ocorre julgamento *ultra petita* se o julgador decide aquilo que é reflexo do pedido na Inicial.²³⁰

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

²²⁸ Hermes Zaneti Junior esclarece o que se entende hoje no Brasil por direitos coletivos lato sensu, subdividindo este em direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos. ZANETI JR., Hermes. *Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>. Acesso em: 31 de jul. 2016.

²²⁹ LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*. Revista de Processo, vol. 35, p. 24, Jul./1984.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Ação civil pública. Usina hidrelétrica. Licenciamento. Reflexos sócio-ambientais. Direitos individuais homogêneos. Defesa do meio ambiente. Legitimidade ativa do ministério público federal. Ofensa ao art. 535 do cpc não configurada. Julgamento extra petita não configurado. Matéria fático-probatória. Incidência da súmula 7/STJ [...] 2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 3. Não configurou julgamento extra petita a decisão do Tribunal de origem que apreciou o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo. Sendo assim, não ocorre julgamento *ultra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na Inicial. [...] 6. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, acerca da existência de relevância social apta a concretizar a legitimidade do Ministério Público, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 7. Agravo Regimental não provido. AGREsp 1356449. Segunda Turma. Relator: Min. Benjamin Herman. Brasília, 3 de maio 2016. Disponível em:

Para o Superior Tribunal de Justiça pode o juiz, nas ações civis públicas, pode acolher a pretensão interpretando toda a cadeia lógico-sistemática das questões postas à sua apreciação.²³¹ No mesmo sentido: AgRg no AREsp 405039/PE; REsp 684753/PR.

A posição do Superior Tribunal de Justiça reflete o pensamento de que o caráter privado não corresponde mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido somente pelos participantes do processo. O aporte ao processo da matéria de fato, apenas pelas partes relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz; não deve o julgador se contentar passivamente somente com a versão trazida pelas partes,²³² mas sim desenvolver toda a cadeia lógico-sistemática dos fatos e do direito.

Assim colocadas as questões, uma vez que se sustenta a cognição ampla e tutela jurisdicional diferenciada, situação que pode ensejar uma linha extremamente tênue entre a efetividade e o abuso do processo,²³³ serão

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=a%E7%E3o+civil+p%FAblica+julgamento+ultra+extra+petita&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Imóvel tombado, que integra o patrimônio histórico-cultural do município do rio de janeiro. Condenação na apresentação de projeto de recuperação do imóvel, aprovado pelo órgão competente. Alegação de sentença extra petita. Inocorrência. Mera consequência lógica do julgado. agravo regimental improvido. I. Consoante a jurisprudência consolidada nesta Corte, o provimento judicial está submetido não apenas ao pedido formulado na exordial, mas também à causa de pedir, que é delimitada pelas circunstâncias narradas na peça inicial. Com efeito, não há julgamento extra petita, quando a decisão representa mera consequência lógica do julgado, estando seus contornos dentro dos limites da prestação jurisdicional. [...] Com efeito, esta Corte firmou entendimento no sentido de que "não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita" (STJ, AgRg no AREsp 322.510/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/06/2013). III. No caso dos autos, da simples leitura da petição inicial e da sentença, não há falar em julgamento extra petita, porquanto a condenação na obrigação de fazer de execução das obras pertinentes, com a aprovação do órgão de tutela competente, representa reflexo, consequência lógica, do pedido exordial. IV. Agravo Regimental improvido. AgRg no AREsp 789117/RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 3 de mar. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=a%E7%E3o+civil+p%FAblica+julgamento+ultra+extra+petita&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

²³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 31 de jul. 2016.

²³³ Tal expressão foi utilizada por Helena Najjar Abdo em obra específica sobre o tema, na qual pontuou os critérios para identificação do abuso do processo: i) uso incorreto ou anormal das

apresentados a seguir alguns critérios, já presentes no sistema constitucional e legal, inibidores de eventuais erros e desequilíbrios do julgador, voltados a evitar e prevenir tais ocorrências.

3.3. Os limites decisórios – as salvaguardas contra os excessos

A defesa pela abertura e ampliação dos poderes decisórios do juiz e da tutela jurisdicional diferenciada nas ações coletivas voltadas a efetividade e/ou correção dos direitos fundamentais sociais, intervenção judicial nas políticas públicas, fixa a necessidade de apresentar fatores jurídicos que figurem como limitadores da intervenção judicial.

É fundamental desenhar e delimitar, para tais casos, critérios objetivos aplicáveis ao próprio exercício da atividade judicante; não estará o juiz, e nem poderia, desprendido da lei; pelo contrário, deverá alinhar e balancear suas ações, motivadamente, com princípios e institutos processuais.

3.3.1. O princípio da proporcionalidade como critério limitador da atuação judicial

O primeiro critério constitucional adequado para servir como parâmetro é o princípio da proporcionalidade,²³⁴ aplicado em seu conceito amplo, como princípio constitucional implícito, que se sobrepõe, como ferramenta de harmonização, a lei quando necessário sacrificar um direito para a solução do conflito.

Esse critério de harmonização, assentado no princípio da proporcionalidade, exige que o sacrifício de um direito seja necessário para a

situações subjetivas; ii) situações exercidas dentro de uma maior ou menor liberdade; iii) tais liberdades como oportunidade para o abuso do processo; iv) o abuso como obstáculo à plena realização da instrumentalidade e objetivos do processo. ABDON, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86 – 87.

²³⁴ O princípio da proporcionalidade como critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas em caso de lesão aos direitos fundamentais é apresentado por Osvaldo Canela Junior a fim de evitar decisões desarrazoadas e desproporcionais. Idem. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

solução do problema que seja 'proporcional em sentido estrito'; o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.²³⁵

Ainda quanto à finalidade do princípio da proporcionalidade vale invocar José Eduardo Suppioni de Aguirre:

Quanto à sua finalidade, ele é um dos instrumentos de harmonização de princípios e valores constitucionais em tensão, de molde a superá-la, com preservação do núcleo essencial desses elementos em choque.²³⁶

José Joaquim Gomes Canotilho destaca outra função do princípio da proporcionalidade, também relevante aos fins deste ensaio, que guarda próxima relação com a sua função harmonizadora e integrativa:

Nos tempos mais recentes, tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez seja mais correcto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos.²³⁷

Ademais, tal pressuposto decorre da sua plena aplicação aos ramos do direito, notadamente o processual civil, e que, neste campo, o princípio da proporcionalidade serve e se liga ao princípio da efetividade do processo.²³⁸ Aliás, a efetividade é um dos pilares de sustentação da ideia aqui exposta.

Se por um lado o princípio da proporcionalidade é o fio indutor dos limites do juiz, na atuação e julgamento das ações aqui tratadas; por outro, exerce destacada importância junto ao princípio da efetividade, para reparar ou prevenir lesões aos direitos fundamentais sociais nos processos de massa.²³⁹

²³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 183.

²³⁶ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 107.

²³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1297 – 1298.

²³⁸ O princípio da efetividade e sua existência implícita no ordenamento jurídico constitucional brasileiro foi tratada por José Eduardo Suppioni de Aguirre. AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 162 – 166.

²³⁹ Paulo Bonavides destaca a função do princípio da proporcionalidade nos conflitos entre direitos fundamentais: "Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento da interpretação toda a vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o

De outro tanto, a tese ora defendida, encontra sustentáculo em relação à natureza do princípio da proporcionalidade seja à luz da corrente material ou da corrente formal.²⁴⁰

Com maior amparo na ótica formal, é possível sustentar que o princípio da proporcionalidade, quando aplicado, cria intercessão com as normas substanciais e serve como ferramenta para limitar a atividade judicial.

De fato, a corrente formal melhor se amolda ao sistema constitucional vigente, pois funciona como instrumento de efetivação das normas materiais e cumpre aquilo que Robert Alexy compreende como ponderação em cada caso e propicia soluções diversas para casos distintos observadas suas peculiaridades.²⁴¹

Ora, se o aludido princípio, numa visão ampliada, comporta aplicação para resolver conflitos entre direitos fundamentais, quiçá para equilibrar, controlar e racionalizar a intervenção do Poder Judiciário – atuação ampliada e diferenciada – nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais.²⁴²

Na medida em que o princípio da proporcionalidade servirá de controle para equilibrar e controlar a intervenção, caberá ao juiz, noutra vertente, exercer plena motivação de suas decisões com o escopo de justificar a aplicação da técnica processual adequada e diferenciada nos casos sob sua apreciação.

Lembrando que o critério da argumentação jurídica pode suprir tanto a omissão de regra processual ou a inexistência de técnica processual ao caso concreto, devendo o juiz demonstrar que as necessidades de direito material exigem

princípio é indubitavelmente apropriado.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 425.

²⁴⁰ Gisele Santos Fernandes Góes explica ambas as correntes: “A doutrina material ou substancialista enxerga a proporcionalidade como medida de justiça. O intérprete do enunciado jurídico, ao adotar a proporcionalidade, no prisma dessa corrente, destacará os critérios ou pontos de vista materiais conformadores da decisão, chegando-se, assim, à resolução do conflito. Por conseguinte, a proporcionalidade possui conteúdo material. A Doutrina formal encara o princípio como um procedimento cujo objetivo é alcançar a decisão do caso concreto. A aplicação da proporcionalidade, de cunho procedimental, alavanca e entra em contato com as normas substanciais, revelando-se em sentido, quando trabalha com a adequação, a necessidade e a lei da ponderação.” GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63

²⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. Carlos Bernal Pulido, 2007.

²⁴² Nestes termos afirma Osvaldo Canela Junior: “Erige-se, assim, o princípio da proporcionalidade em instrumento processual ético de efetivação dos direitos fundamentais e em pilar de equilíbrio geral do sistema, ao limitar racionalmente a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Idem. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

uma técnica que não está prevista pela legislação processual, sem se descuidar de também argumentar que a técnica processual identificada como capaz de dar efetividade à tutela do direito é a que traz a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.²⁴³

A tese da atuação ampliada e diferenciada do juiz se atrela ao abordado por Luiz Guilherme Marinoni citado acima, sob dois enfoques: (i) a busca pela tutela adequada de maneira a afastar restrições à esfera jurídica dos réus; (ii) dar plena eficácia e efetividade ao direito fundamental social violado em prol da cidadania, indo além do mero interesse das partes.

Sobre a importância das regras de proporcionalidade e razoabilidade em relação à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas afirma Ada Pellegrini Grinover:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*.²⁴⁴

Em verdade, a proporcionalidade serve como critério limitador a atuação do juiz, além de guia-la, para aplicar a solução adequada ao direito social em debate, ainda que isso implique agir em substituição ao poder estatal omissivo, podendo também auxiliar na correção da solução aplicada quando inapta ou desviada dos objetivos pretendidos.

3.3.2. Outros parâmetros limitadores

Visto que o princípio da proporcionalidade é aplicável como limitador da atuação judicial frente à possibilidade de o juiz gozar de poderes ampliados na

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 130.

²⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 137.

instrução e julgamento das ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais, é imprescindível, neste momento, traçar outros parâmetros limitadores à sua atuação.

Isto porque, não se sustenta aqui que o juiz possa agir sem limites ou controle, ainda que haja risco concreto disso ocorrer uma vez que o critério proposto é subjetivo e abstrato. A defesa versa sobre utilizar o processo civil e a atuação judicial em favor da efetivação dos direitos constitucionais de uma maneira balizada e motivada.

Naturalmente, não se espera que o Poder Judiciário seja a solução para toda e qualquer violação de direitos ocorridos. Ao contrário, a ideia se refere a aplicar o processo civil e o procedimento de modo que, à luz do arcabouço jurídico vigente, possa o juiz atender, cumprir ou corrigir rumos das políticas relacionadas aos direitos fundamentais sociais.²⁴⁵

Por isso, o princípio da proporcionalidade, longe de figurar como um critério que, em regra, poderia ser invocado pelo juiz para uma ação ou medida indiscriminada, serve, como um contraponto, para guiar e limitar a atuação judicial dentro de parâmetros factíveis e razoáveis (vide a seguir decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – p. 90-91 – que exemplifica a aplicação do princípio da proporcionalidade como baliza da atuação judicial).

Forte em tal convicção, outros fatores surgem como essenciais no escopo de coibir ações – relacionadas a tutela judicial – indiscriminadas, sem lastro ou relação, direta ou indireta, com as questões postas na lide.

Um desses elementos se refere ao pleno entendimento e conhecimento pelo juiz do que sejam políticas públicas e sua relação com os direitos fundamentais

²⁴⁵ Ainda que tratando sobre a jurisdição constitucional, Sergio Moro adverte: “Uma jurisdição constitucional excessivamente ativa não seria compatível com o regime democrático. O juiz constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia. Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente por meio de atos legislativos. As intervenções da jurisdição constitucional demandam a demonstração de que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado.” MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204.

sociais como ferramenta aplicada pelo Poder Público no cumprimento destes direitos;²⁴⁶ coerente é a lição de Ada Pellegrini Grinover a esse respeito:

A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do estado brasileiro), será suficiente para conter os abusos.²⁴⁷

Outro ponto: a aplicação de um processo com cognição ampliada e sentença diferenciada, cuja colheita de informações pode, inclusive, envolver a administração, estabelece parâmetros para o juiz proferir sua decisão de forma equilibrada e equânime com o ordenamento.²⁴⁸

Por outro lado, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais – referência ao critério da argumentação jurídica (brevemente tratado no item acima) – será sempre um fator de legitimação e ponderação. O critério se coaduna com a busca por uma “decisão justa” que muito depende do acerto da verdade dos fatos, circunstância que afasta a manutenção de um monopólio rigoroso das partes sobre o processo, pois também ao juiz é permitido, por meio de sua iniciativa, a inserção de meios probatório no âmbito da relação jurídica processual,²⁴⁹ notadamente em certos casos nos quais a cognição ampliada é fator essencial ao julgamento da lide.

Américo Bedê Freire Junior chama de reserva de consistência, nos seguintes termos:

Ora, entendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, que o juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto.²⁵⁰

Corroborando a aludida posição os dizeres de Osvaldo Canela Junior no sentido de que a cognição das políticas públicas no processo coletivo vincula o

²⁴⁶ Não foi por outro motivo que se dedicou um item específico sobre o conceito de políticas públicas e sua finalidade como instrumento de execução pelo Estado dos direitos fundamentais sociais. *Vide* Capítulo 3, item 3.1. desta pesquisa.

²⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 140.

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 149.

²⁴⁹ SOUZA, Artur César de. *Justo processo ou justa decisão*. *Revista dos Tribunais*. *Revista de Processo*, vol. 196, p. 469, jun./2011.

²⁵⁰ FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 121.

magistrado à investigação completa e cabal de toda a cadeia lógico-sequencial de meios e fins.²⁵¹

A reserva de consistência, vista como a fundamentação do ato, servirá para aproximar a manifestação judicial do direito fundamental social vindicado, estabelecendo o ponto de intercessão equilibrado no atendimento dos anseios sociais debatidos na lide e as disponibilidades estatais de atendê-los.²⁵²

Assim, a fim de exemplificar a questão, cabe ilustrar recente decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,²⁵³ mesmo que adotada em ação individual, apresenta em seu conteúdo diversos aspectos aqui abordados relacionados ao não atendimento pelo Estado de um direito fundamental e da intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas.

Na hipótese, o mencionado tribunal garantiu o direito fundamental à educação, assegurando matrícula em creche pública ou privada para a filha da reivindicante nas proximidades da sua residência. Consignou, ainda, que as políticas públicas essenciais devem acompanhar o crescimento populacional, refutando que o

²⁵¹ CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

²⁵² A “reserva de consistência” refere-se aqui a necessidade de o juiz demonstrar, motivadamente, o acerto de sua atividade. Sergio Fernando Moro pondera que tal instituto pode impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. No entanto, faz um contraponto, de que este impedimento depende da prática judiciária. E afirma textualmente: “A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso Brown. MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 225.

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. 1. A Constituição Federal, nos artigos 6º e 205, garante o direito à educação, enquanto que o inciso IV do artigo 208 assegura educação em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade. De igual maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 53, inciso V, assegura à criança e ao adolescente acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Por sua vez, a Lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no artigo 4º, incisos I, II e X, impõe ao Poder Público o dever de viabilizar o acesso dos infantes à educação pré-escolar. 2. As políticas públicas essenciais devem acompanhar o crescimento populacional, pelo que é inaceitável que o Estado se distancie das suas responsabilidades mínimas, especialmente quando se trata do direito básico a educação infantil, que deve ser observado independentemente de dificuldades administrativas, contingências orçamentárias e, muito menos, da priorização das políticas públicas. 3. A existência de fila de espera não pode se sobrepor ao dever constitucional de prestação universal da educação. 4. A disponibilização de vaga em creche pública ou privada, por se apoiar diretamente na Lei Maior, não traduz qualquer tipo de vulneração à independência dos Poderes ou aos primados da isonomia e impessoalidade. 5. Apelação e remessa necessária conhecidos e desprovidos. 20150110290242APO - APO - Apelação/Reexame necessário. 3ª Turma Cível. Relator (a): Maria de Lourdes Abreu. Publicado em 20.4.2016. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 de maio 2016.

Estado possa se distanciar das suas responsabilidades mínimas, mesmo com dificuldades administrativas e contingências orçamentárias.

Pois bem. O caso cabe na moldura da ideia defendida na medida em que a decisão foi precisa, evitando atos de materialização posteriores para sua efetividade. E se, na mesma situação o direito à educação fosse, por exemplo, pleiteado pela coletividade (a exemplo de todos os moradores de uma cidade satélite do Distrito Federal), nas mesmas bases, era de se esperar o mesmo comando proferido pelo Poder Judiciário.

Tendo a coletividade no polo ativo da ação, representada por um dos legitimados para tanto, a possibilidade adicional seria no sentido de o juiz ou tribunal assegurar a matrícula, não havendo vaga na rede pública, na rede privada, como ocorreu, independentemente de pedido expresso na petição inicial neste sentido.

Esta é a ilustração, a partir de um caso simples, do que se defende nesta dissertação: pode o juiz exercer seu poder decisório de forma elástica, além de exercer um maior poder instrutório e de adequação.²⁵⁴

Ainda se valendo do exemplo invocado, cabe destacar alguns pontos a respeito dos limites decisórios. Para tanto, algumas indagações são relevantes: poderia o juiz ou tribunal, na mesma ação, contemplar ou determinar a construção de um determinado número de creches na região de residência da autora? Ou determinar o fornecimento de medicamentos a filha da autora (fato completamente estranho a lide)?

Por evidente, as respostas a tais questionamentos são negativas. Nestes casos, incidiria os elementos limitadores apresentados. O princípio da proporcionalidade e a reserva de consistência impediriam, por exemplo, que o

²⁵⁴ Para ilustrar um contraponto o mesmo TJDF, por meio de sua 5ª Turma Cível revogou decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que, deferindo parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinou a reabertura do setor de pediatria dos Hospitais Regionais de Santa Maria e do Gama, com o remanejamento dos profissionais e das atividades exercidas em outros centros de atendimento, inclusive UPAs. O e. Desembargador Relator, João Egmont, ressaltou que cabe ao Legislativo e ao Executivo formular e executar políticas públicas e que a saúde pública do Distrito Federal carece de melhorias, mas que não houve omissão na gestão promovida pela Administração do Distrito Federal. Destacou que a intervenção do Poder Judiciário nas ações voltadas ao controle ou à implementação dessas políticas se limita a situações excepcionais, ou seja, às hipóteses em que a omissão da administração violar a Constituição Federal ou importar no descumprimento de leis ou atos administrativos. Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ, vol. 106, n. 1, 2015. p. 225.

judicante contemplasse direitos absurdamente estranhos ao caso. Daí a importância de conhecimentos específicos sobre políticas públicas pelo julgador e que esteja municiado com as melhores informações sobre a questão.

Outro exemplo que bem estratifica hipótese na qual pode o juiz extrapolar o princípio da proporcionalidade:

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. [...] ²⁵⁵

Neste contexto, com fulcro nos elementos apresentados, afigura-se o balanceamento entre a ampliação dos poderes do juiz e os limites impostos pelo sistema, de modo a prevenir, mesmo com uma proposta de extensão da atuação judicante, situações esdrúxulas, que extrapolem sobremaneira a razoabilidade.

Atento aos casos absurdos, a atuação diferenciada atende, com maior vigor, as funções sociais de pacificação, educação e política do processo.²⁵⁶ Ainda que se admita que a defesa ora esboçada comporte alguma aplicação excepcional em processos individuais, é no processo coletivo que as questões processuais merecem um olhar específico e o desenvolvimento de medidas e procedimentos excepcionais.

Pois nestes casos, não se trata de um indivíduo exercitando seus próprios direitos, e sim de uma coletividade buscando a observância de direitos sociais; portanto, é este o principal fator que diferencia uma circunstância da outra (direitos individuais x metaindividuais) e serve de propulsor para um processo de maior efetividade e resultado teórico e prático eficazes de modo que o processo civil contemporâneo possa cumprir as demandas de massa.

Logo, a distinção e definição dos casos nos quais pode o juiz agir de forma ampliada e diferenciada também figura como um elemento que impõe limites

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 140.

²⁵⁶ A pacificação, educação e escopo político são objetivos do processo civil traçados por Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2004. p. 127 – 131.

a sua atuação. É um critério que, num campo subjetivo e abstrato, auxilia na definição de pontos objetivos de ação pelo magistrado e operadores do direito. A convergência e interação destes fatores (proporcionalidade, reserva de consistência, domínio da causa e do conceito de políticas públicas, direitos metaindividuais) são as salvaguardas fundamentais para prevenir e coibir excessos.

Como dito em linhas pretéritas, o zelo pela observância e cumprimento à Constituição compete ao Estado de maneira geral, compreendido e formado por seus três poderes que não são estanques e incomunicáveis, haja vista que o Governo resulta da interação dos três.²⁵⁷

A concretização dos direitos fundamentais sociais apresenta-se como uma exigência do princípio democrático e do Estado de Direito.²⁵⁸ Assim, é essencial reforçar que a atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas – como medidas do Estado de cumprimento dos direitos fundamentais sociais – de forma efetiva e eficaz não caracteriza, e nem poderia, intervenção indevida de um poder em relação a outro.

Compreende sim a devida tutela jurisdicional, entendida como aquela apta a tornar efetivo o direito material, o homem tem o direito à "adequada tutela jurisdicional", que é elemento indissociável do *due process of law*.²⁵⁹ Significa acesso a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão e do direito material postos a julgamento por aqueles que buscam e necessitam da tutela jurisdicional.

3.4. Considerações sobre o tema à luz do Código de Processo de Civil de 2015

Colocadas as vertentes e desdobramentos da ideia fundamental ora defendida – poderes de instrução e julgamento do juiz na ações coletivas destinadas

²⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39 – 40.

²⁵⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra Editora, 2006. p. 86.

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à adequada tutela jurisdicional - o caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança*. Revista dos Tribunais, vol. 663, p. 243, jan./1991.

a discutir direitos fundamentais sociais e os limites contra o excessos – cabe analisar o assunto, ainda que brevemente, sob o manto do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 13.105/2015, que alterou o código anterior de 1973.

No que se refere aos denominados princípios dispositivo e demanda, o Código de Processo Civil de 2015 os previu, expressamente,²⁶⁰ como no de 1973, de maneira que qualquer debate a respeito de capacidade de julgamento do juiz deve partir, como sustentado, da relevância e especificidade do direito posto à apreciação do Poder Judiciário.

Ou seja, se o código instrumental atual praticamente repetiu os dispositivos anteriores, no que toca a liberdade de julgamento do juiz, o tema guarda os mesmos contornos acima apresentados: o processo civil visto e aplicado como uma ferramenta à disposição do direito, e, de forma alguma, o contrário; não é, verdadeiramente, uma disciplina estanque e autônoma quanto ao segundo.

Os poderes de direção e instrução conferidos ao juiz são instrumentos voltados a efetividade do processo que, repita-se, comporta relativa mitigação haja vista a relevância e abrangência do direito a ser contemplado na demanda. A direção do processo de forma diferenciada e dinâmica deve ter aplicação para que este instrumento cumpra seu fim social.

Isso não implica reconhecer um juiz ativista, mas sim ativo e não representa que o juiz assumirá a defesa de uma das partes: [...] “mas sim dirigir o processo de forma dinâmica para que ele cumpra efetivamente seus objetivos: alcançar a justiça e a segurança das relações jurídicas com espírito de pacificação dos conflitos.”²⁶¹ Isso, certamente, será o diferencial entre um juiz ativista e ativo em matéria probatória.

²⁶⁰ Ainda que outros dispositivos do NCPC tenham relação com tais princípios, cabe destacar dois artigos que os explicitam: art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte; art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 de maio 2016.

²⁶¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Discricionariedade judicial em matéria probatória*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232571>. Acesso em: 20 de maio 2016.

Por isso, os efeitos da matéria em discussão – direitos fundamentais sociais – e dos interesses coletivos, com espeque na Constituição Federal de 1988, alteram o olhar clássico sobre a jurisdição, autorizando uma nova concepção processual, vocacionada: à efetividade da tutela jurisdicional, concretização das políticas públicas, dos direitos fundamentais e da própria Constituição Federal.²⁶²

A técnica processual fica a cargo do magistrado e não a mercê das partes, especialmente nos casos nos quais o direito em discussão afeta o interesse coletivo. Portanto, a questão de maiores poderes de condução do processo pelo juiz, especialmente no campo probatório, afasta a disponibilidade das partes quanto a técnica, premissa defensável frente às previsões do Código de Processo Civil de 2015.²⁶³

Ainda que o Código de Processo Civil atual não tenha previsto, textualmente, condutas pontuais da atividade judicante em relação aos ramos do processo civil específicos, já existentes no ordenamento,²⁶⁴ a aproximação do processo à Constituição faz com que o juiz possa agir de forma diferenciada na busca de soluções rápidas, efetivas e eficazes, em hipóteses específicas, conforme se desenvolveu e justificou ao longo deste trabalho.

Tanto é assim, que o Código de Processo Civil de 2015 adotou como norma fundamental (art. 1º): “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, fazendo se concretizar o já conhecido movimento de constitucionalização do processo civil.”²⁶⁵

Ainda a respeito da situação de que o juiz não está limitado as questões postas pelas partes, Vallisney de Souza Oliveira indica que, também no campo do processo civil, aplica-se o adágio segundo o qual o juiz conhece o direito, assentado na expressão latina *iura novit curia*. Esclarece que o preceito significa que o julgador

²⁶² TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239221>. Acesso em: 14 maio 2016.

²⁶³ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. 2008. Dissertação (mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas: Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Vitória, 2008.

²⁶⁴ Vide Capítulo 1, item 1.4. desta pesquisa.

²⁶⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de maio 2016.

não está limitado às regras jurídicas indicadas pelas partes, pois, como conhecedor do direito, cabe-lhe aplicar as normas *ex officio*.²⁶⁶

Ora, se tal entendimento, revestido de certa excepcionalidade, aplica-se no campo do processo civil, fosse sob o manto do Código de Processo Civil de 1973, seja na vigência do denominado “novo” CPC (2015), razão existe para sustentar, com maior vigor agora, os poderes instrutórios ampliados do juiz, inclusive para julgar as causas coletivas, e, para além disto, a possibilidade de atuar diferenciadamente nas mesmas ações que envolvam direitos fundamentais sociais quando for necessário outorga-los as partes da forma mais eficaz e efetiva possível.

Bruno Garcia Redondo, analisando a ampliação dos poderes instrutórios do juiz à luz do ainda projeto de Novo Código de Processo Civil, opinou:

O processo, para ser efetivo instrumento de realização do direito material, não pode ter como objetivo a produção de uma verdade meramente processual (formal) e, assim, distinta da realidade dos fatos. Dentro do possível – isto é, observados os princípios e as garantias processuais –, o processo deve buscar a verdade substancial (real), para que, refletindo situação mais próxima possível aos fatos realmente ocorridos no plano material, possa prestar tutela jurisdicional de modo realmente efetivo (tempestivo e adequado). Para que a verdade real possa ser buscada, deve-se dotar o juiz de *amplos poderes instrutórios*, para que se torne titular de *iniciativa probatória* e, assim como os litigantes, desfrute de *responsabilidade* relativamente à produção das provas. É dever do magistrado zelar pela vinda, aos autos, de todos os elementos

²⁶⁶ Afirma textualmente: [...] “O juiz conhece o direito se coloca em harmonia com o princípio da indeclinabilidade da jurisdição. Considerando que o julgador tem como dever inalienável aplicar as normas jurídicas é muito mais justificável a busca judicial dos fundamentos no ordenamento jurídico. Se inexistente este arsenal jurídico, cabe-lhe ainda procurar outros meios para auxiliá-lo, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. [...] Na verdade, o direito pode ser interpretado e invocado livremente pelos sujeitos do processo e o próprio juiz pode acolher ou não os argumentos puramente jurídicos de uma ou de ambas as partes e pode trazer um terceiro argumento, sem mudança dos fatos, independentemente de concordância das partes. Nesse ponto, não se pode obrigar o juiz a seguir um dos pontos de vista jurídico, cabendo-lhe, a fim de prestigiar o procedimento democrático judicial, a abrir o contraditório a fim de demonstrar às partes esse argumento essencialmente de direito não levantado pelas partes. As partes também não possuem o monopólio do direito, mesmo que tenham que apresentar como causa de pedir os argumentos jurídicos (mesmo porque o juiz somente julga por equidade quando autorizado por lei), a parte autora na inicial e a parte ré na contestação. [...] Enfim, conquanto o juiz não possa deixar de apreciar por completo a causa, isto é, examinar todas as questões levantadas pelas partes, não está amarrado às razões jurídicas deduzidos pelas partes, por incidência do mandamento do *iura novit curia*.” OLIVEIRA, Vallisney de Souza. <http://vallisneyoliveira.com/>. Brasília, 2009. Disponível em: <http://vallisneyoliveira.com/artigos/normas-ex-officio-juiz-nao-esta-limitado-as-regras-indicadas-pelas-partes/>. Acesso em: 20 de maio 2016.

necessários ao accertamento dos fatos objeto do litígio e à formação de seu livre convencimento motivado (art. 353 e 355 do Projeto).²⁶⁷

Corroborar a afirmativa a previsão do art. 140 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”²⁶⁸ Todos esses fatores são convergentes no sentido de justificar, consoante as disposições do Código de Processo Civil de 2015, tal possibilidade, aliado a visão do processo civil voltado as soluções dos conflitos de massa, circunstância que aflora como uma norma fundamental do processo civil brasileiro contemporâneo.

Se o “novo” CPC veio como uma solução para auxiliar a resolver a aparente crise do Judiciário quanto ao congestionamento processual, e o faz por meio de uma nova configuração dos poderes do juiz em colaboração com partes, através da flexibilização processual,²⁶⁹ deve ser aplicado, neste contexto, no sentido de socorrer a baixa efetividade nos julgamentos das ações coletivas, como uma solução a respeito do diagnóstico suscitado no início deste trabalho.

Se até o Código de Processo Civil de 1973 os seus lineamentos, institutos basilares e seus conceitos fundamentais permaneciam estáticos e indiferentes as profundas transformações da realidade social, notadamente quanto a massificação, o “novo” CPC apresenta possibilidades de que o sistema possa ir além de adaptações que procuram ajustar esquemas ultrapassados com as novas necessidades.²⁷⁰

A atuação mais ampla do juiz evolução representa uma evolução derivada da necessidade de transformação que o Direito experimentou nas últimas décadas. Corresponde a mitigar o princípio dispositivo, ou da idéia mesma de dispositividade como conceito jurídico relevante.

²⁶⁷ REDONDO, Bruno Garcia. *Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011. p. 97.

²⁶⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de maio 2016.

²⁶⁹ ARAUJO, Eduardo André Vargas de. *Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre case management e flexibilização do processo*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/129816>. Acesso em: 23 de jun. 2016.

²⁷⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*. Revista de Direito do Consumidor, vol. VII, Jul./1993. p. 30.

Disso decorre de uma "publicização do Direito Privado", influência do interesse público envolvido nas relações do Direito Privado. Corresponde uma impositação mais publicística do processo, inclusive do processo civil, que na verdade é, para o nosso sistema, todo o processo não-penal.²⁷¹

De outro tanto, o Código de Processo Civil criou uma relevante inovação convergente com um dos fatores aqui abordados limitadores da manifestação judicial,²⁷² trata-se do art. 138 que previu a possibilidade de o juiz, considerando a relevância da matéria, especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia, solicitar ou admitir, de ofício ou a requerimento das partes, a participação de pessoa natural ou jurídica no feito.

Aludida possibilidade reforça a posição de que a colheita de informações nas ações coletivas é um poderoso instrumento para, por um lado, subsidiar a atuação do juiz, e, por outro, ponderar suas medidas de modo que suas manifestações sejam exaradas dentro da proporcionalidade, enquanto critério de julgamento.

Vale reiterar, ainda que a proposta seja de ampliação dos poderes do juiz, o pleno conhecimento da causa, do direito envolvido e das repercussões do julgamento, são, dentre o mais, balizas e salvaguardas contra os excessos ao proferir os julgamentos nesta seara.

No ponto, o dispositivo do Código de Processo Civil invocado (art. 138) estabeleceu um critério excepcional haja vista a importância e repercussão social da matéria, nos moldes da proposta ora tratada – ainda que, reconhecidamente, mais ampla. Em verdade, caminhou bem o Código de Processo Civil de 2015 na medida que tratou a excepcionalidade da matéria em circunstância pontual consoante seu alcance social e importância da questão posta na lide.

E quando se abordou acerca da necessidade de fundamentação pelo juiz de enquadramento e julgamento diferenciado das ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais, o CPC de 2015 cuidou de apresentar e esclarecer

²⁷¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*. Revista de Direito do Consumidor, vol. VII, Jul./1993. p. 30.

²⁷² Vide Capítulo 3, item 3.2.2. desta pesquisa.

no art. 489 o que se considera por decisão judicial fundamentada.²⁷³ Além disto, no parágrafo 2º do invocado artigo, tem-se a hipótese de, no caso de colisão entre normas, o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Desta assertiva extrai-se o aspecto nodal: entre o conflito de um direito constitucional e o processo civil, cabe ao aparato jurídico instrumental servir à Constituição Federal. O julgante não deve se furtar de resolver um conflito coletivo de direitos fundamentais sociais sob o argumento de impropriedade ou inadequação do procedimento ou processo.

Bem verdade que o Código de Processo Civil poderia ter se dedicado, com maior ênfase, ao processo coletivo; um exemplo claro de não avanço foi o veto ao art. 333 que pretendia regulamentar a conversão da ação individual em ação coletiva.²⁷⁴ Entre críticas e elogios quanto a veto,²⁷⁵ fica a impressão de que o instituto seria necessário e representaria uma evolução quanto à matéria.

²⁷³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 de maio 2016.

²⁷⁴ Preceituava o vetado art. 333: Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite

A despeito disto, ainda que tal dispositivo tenha sido vetado, o Código de Processo Civil fixou outros artigos e critérios que sustentam e amparam, por todos os motivos antes abordados, o tratamento diferenciado da cognição e sentença em casos de relevância social – tanto pelo envolvimento da coletividade como pela importância do direito.

Modo geral, embora o Código de Processo Civil de 2015 não tenha fixado uma disciplina própria ao processo coletivo, é inegável a existência de dispositivos pontuais voltados aos conflitos coletivos, por exemplo: previsão de que os casos repetitivos serão julgados por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976); alargou a atuação do Ministério Público nos litígios coletivos que envolvam a posse de terra rural ou urbana (art. 178, inciso III); previsão de suspensão dos processos individuais nos casos em que a repercussão geral for reconhecida (art. 1.037, inciso II).

Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 não tenha previsto artigos específicos em relação às ações coletivas – não criou um livro, um título ou um capítulo pontual para tanto –, como dito em linhas pretéritas, ou não se tenha aprovado no Brasil, um Código de Processo Civil Coletivo,²⁷⁶ é salutar reafirmar que

a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado

²⁷⁵ José Rogério Cruz e Tucci em artigo sobre o tema afirma que o veto foi providencial e necessário. TUCCI, José Rogério Cruz e. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>. Acesso em: 24 de maio 2016. Por outro lado, diversas entidades que representam os juizes brasileiros criticaram expressamente o veto, a exemplo da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. *Veto ao novo CPC impede celeridade no Judiciário*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/03/17/veto-ao-novo-cpc-impede-celeridade-judiciario/>. Acesso em: 25 de maio 2016.

²⁷⁶ Se pretendeu criar no Brasil um código de tutela coletiva com o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, Projeto arquivado – decisão contra qual tem-se recurso à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Ademais, Antonio Gidi apresentou um projeto de Código de Processo Civil Coletivo para o Brasil, inspirado no direito processual comparado, individual e coletivo, nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo. GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo: um*

o sistema processual vigente propicia, a partir da aplicação de uma boa técnica e distinguindo a importância do direito debatido, a atuação ampliada e diferenciada do juiz.

CONCLUSÃO

Diversas premissas conclusivas podem ser fixadas a partir dos fundamentos suscitados e desenvolvidos no presente trabalho. A primeira delas, deriva do fato de que os direitos fundamentais sociais figuram como pressupostos das necessidades individuais e coletivas.

Isto alavancou sua importância no cenário histórico, seja no âmbito mundial, cuja a gênese guarda relação com os direitos humanos, seja no panorama constitucional contemporâneo brasileiro. No que toca ao contexto jurídico brasileiro, tem-se relevante histórico constitucional sobre os direitos sociais, o que contribuiu para que estivessem presentes e contemplados, de forma significativa, na Constituição Federal de 1988 espraiando efeitos em todo o sistema de garantias ao cidadão.

A Constituição Federal de 1988 assegura que esta gama de direitos são exigíveis judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário sopesar e balancear valores fundamentais, circunstância que realça uma das mais nobres missões atribuídas ao mencionado poder.

Nesta ordem de ideais, as políticas públicas são uns dos instrumentais do Estado, mormente o principal deles, para executar e dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, pois, conceitualmente, é por intermédio delas que o Estado atua de modo a manter ou modificar as realidades sociais. Logo, ao tratar sobre o papel do Poder Judiciário no cumprimento e/ou efetividade dos direitos fundamentais sociais, estar-se-á abordando direta ou indiretamente sobre o controle judicial de políticas públicas.

Esse controle, na esteira do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, pode ser exercido pelo Poder Judiciário sem que isso importe em transgressão ao princípio da separação dos poderes. Não há falar que o Poder Judiciário estaria interferindo indevidamente em outras funções do Estado.

O espaço de legitimação dos direitos sociais ganha ainda maior relevância no âmbito do processo coletivo, ainda que as ferramentas processuais vigentes no

sistema jurídico brasileiro atual estejam em constante evolução e aprimoramento. Disto deriva a importância, para a sociedade brasileira, da atuação do Poder Judiciário nestes casos de tal sorte que a defesa dos direitos coletivos deve ser tratada de forma ampla, acessível e adequada como o ordenamento conferiu a coletividade.

O conceito de ação coletiva é essencial nesta construção, pois dele deriva aspectos que tornam ampliada a cognição nestas demandas e afasta o mero interesse de discussão individualizada do titular do direito material em apreciação.

Ao associar o conceito e a natureza das políticas públicas nas ações coletivas, em que se discute questões sociais fundamentais, e a atuação do Poder Judiciário quando demandado para atuar com tais direitos, percebe-se a necessidade de tratamento diferenciado, no aspecto instrumental, a tais lides, a fim de permitir que o julgante possa efetivamente determinar o cumprimento dos comandos constitucionais relacionados ao tema.

O processo civil, que contempla diversos procedimentos e leis relacionados a matéria, bem como disciplina o papel do juiz, deve se voltar às soluções aos problemas atuais de modo que admissibilidade das ações coletivas, cuja finalidade atenda um interesse social, tenha especial tratamento com enfoque na relevância social do interesse tutelado.

Disto resulta uma clara conclusão a respeito: determinadas demandas precisam de um tratamento diferenciado, permitindo ao juiz exarar sua decisão atendendo, se o caso, os direitos envolvidos que, no caso em avaliação, interessam a toda coletividade.

Como consequência, é possível realçar um dos desafios atuais dos operadores do direito quanto ao assunto no que toca a necessidade de adequar o ferramental processual e o pronunciamento judicial as chamadas relações de massa nas quais se debate direitos fundamentais sociais.

Assim, é que se propõe a depender da natureza do direito em discussão – no caso direitos fundamentais sociais em ações coletivas voltadas a correção e efetivação de políticas públicas – que os poderes do juiz sejam mais amplos e, ao julgar tais ações, possa satisfazer tais direitos e os entregue de maneira mais efetiva

e plena possível à coletividade que os reclama. A relevância social do direito social em discussão, leva o juiz a conhecer totalmente o conflito e superar, ao menos na maioria parcela destes casos, o mero interesse das partes.

De tudo isso aflora que os poderes do juiz podem extrapolar os limites estabelecidos pelos princípios da demanda, correlação e dispositivo devendo o magistrado, se o caso, ir além do pedido pelas partes de maneira que seu comando corrija ou efetive uma política pública, atendendo os anseios da sociedade.

As teorias publicista e instrumentalista amparam essa condução sob duas premissas relevantes que não podem ser desprezadas, mesmo por aqueles que defendem um processo civil de intervenção mínima: i) o contexto constitucional atual, no qual a Constituição Federal de 1988 assegurou a observância aos direitos fundamentais sociais; ii) um processo civil ajustado as necessidades da coletividade com aplicação de preceitos individualizados (aplicação da boa técnica processual).

De todo modo, a atuação do juiz não será ilimitada, a ponto de não se sujeitar ao controle jurídico das questões processuais impostas pelo ordenamento. O princípio da proporcionalidade será um dos instrumentos limitadores da intervenção judicial no controle de políticas públicas, como critério de equilíbrio geral do sistema, evitando-se, desse modo, ações exageradas ou desproporcionais.

O Poder Judiciário está jungido a outros limites técnicos, não só as raias do princípio da proporcionalidade. Tais critérios teóricos (proporcionalidade, reserva de consistência, domínio da causa, conceito de políticas públicas e direitos metaindividuais) foram, um a um, apresentados como as salvaguardas para prevenir e coibir excessos.

No que tange a reserva de consistência e o domínio da causa, institutos expressos no novo código de processo civil, aplicam-se como duas poderosas ferramentas que, tratadas conjunta ou isoladamente, podem auxiliar no reconhecimento dos casos excepcionais.

O primeiro vincula o juiz obrigatoriamente, pois é fundamental a motivação para tratar e julgar um caso de forma diferenciada; o outro, da mesma forma essencial e vinculativo haja vista sua relação com o julgamento da causa, fator que,

inclusive, antecede o desfecho da lide (enquanto elemento próprio da cognição judicial).

Outrossim, a produção probatória realizada nos feitos, ainda que ampla, inclusive colhendo dados e elementos fornecidos pela administração, igualmente servirá para prevenir excessos nos julgamentos destas ações. Pois o juiz, ao inserir, por meio de sua iniciativa, meios probatórios no âmbito da relação jurídica processual, para além da mera vontade das partes, terá condições de melhor conhecer e julgar a lide.

A Constituição Federal de 1988, com seus princípios, aqui se destacou o da proporcionalidade, será sempre o limite dos poderes do juiz nestes casos. Além de tudo, no campo mais amplo, o amadurecimento da democracia e da autuação do poderes republicanos, equilibrada e balanceada pela Lei Maior, são, igualmente, premissas de controle – preventivos e remediadores de eventuais excessos.

Inobstante, não é possível negar que muito se tem a evoluir e refletir sobre o tema, uma vez que os limites apresentados comportam certa carga de subjetividade. É um desafio constante aprimorar as técnicas aplicáveis ordinariamente no exercício da atividade judicante ao se deparar com os casos ora tratados. O desafio, não cabe apenas aos magistrados, mas a toda comunidade jurídica que deve se debruçar na definição e diretrizes de atuação do Poder Judiciário, especialmente, em casos merecedores de reflexões pontuais, como na hipótese.

As variáveis envolvendo a judicialização de direitos fundamentais sociais e controle de políticas públicas são inúmeras. Logo, distante da pretensão de tratar todas as possibilidades o que, de pronto, vislumbra-se como algo impraticável, o escopo foi defender a atuação judicial nestes temas, conforme a importância dos direitos envolvidos, sem se descuidar de, ao apresentar a ideia de ampliação (perpassando pela cognição e tutela judicial), oferecer parâmetros preventivos quanto a eventuais excessos.

No que toca ao Código de Processo Civil de 2015, mesmo que não tenha deflagrado avanços consideráveis quanto ao processo coletivo, a sua leitura sistêmica implica no reconhecimento de circunstâncias pontuais que reverberam a relevância social da matéria discutida.

Ademais, o novo código previu que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, além de possibilitar que o juiz resolva, de forma fundamentada, a colisão de normas.

Ora, se o que está em jogo são direitos fundamentais sociais, sendo a tutela coletiva um direito igualmente fundamental, este instrumento da cidadania é meio eficaz de acesso à justiça nos conflitos de massa. Portanto, o Poder Judiciário, dotado da força constitucional para resolver tais conflitos, utilizando-se do processo civil – enquanto ferramenta – não é mero coadjuvante institucional, mas sim o portador das soluções para os reclames sociais quando chamado a resolvê-los.

Tais direitos resguardam os bens da vida tão caros e relevantes a toda sociedade brasileira. Assim, ao Poder Judiciário cabe e compete o exame de violação e correção de outorga e/ou efetividade deste arcabouço de garantias sociais, o que se insere, pelas razões antes abordadas, no controle judicial de políticas públicas. Não por outro motivo, se definiu as políticas públicas como ferramenta do Poder Público no atendimento das necessidades coletivas envolvendo os direitos fundamentais sociais.

Logo, com base também nestes critérios, é fundamental e necessário, no panorama constitucional brasileiro associar o processo coletivo aos direitos fundamentais sociais e, neste contexto, interligá-los ao direito processual civil (procedimento, cognição e tutela). Desta premissa, será viável aplicar o processo civil com maior ênfase nos interesses coletivos como ferramenta de efetivação e viabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Para tanto, os atores envolvidos no processo devem se dedicar à construção de fundamentos modernos e sofisticados – ao menos em relação a visão de um processo civil desvinculado do direito material (o que deve-se combater e ultrapassar) –, de modo que medidas concretas sirvam à solução dos problemas sociais coletivos, com esteio em argumentos eminentemente jurídicos extraídos da Constituição Federal de 1988 e da legislação processual vigente.

Deste arcabouço de considerações e fundamentos advêm perspectivas concretas que podem auxiliar na solução do problema (identificado na introdução

desta pesquisa) relacionado a baixa efetividade das ações coletivas: a inaplicabilidade e/ou interpretações divergentes quanto as ferramentas aplicáveis na instrução e no julgamento destas demandas, presentes no sistema processual vigente e, em algumas hipóteses, implícitas na legislação.

A tutela jurisdicional coletiva, voltada a defesa e proteção dos direitos fundamentais sociais, é um instrumento jurídico altamente relevante de modo a merecer atenção especial do processo civil, já que a atuação coletiva apenas cumpre seu objetivo quando potencializa o interesse social. Isso compõe uma parte integrante e indispensável na busca por uma sociedade livre, justa e solidária.

Os direitos fundamentais sociais acoplados aos interesses metaindividuais, por terem sua origem também nas garantias sociais, necessitam de especial atenção, seja no plano do seu atendimento pelo Poder Público, via políticas públicas, ou na atuação do Poder Judiciário quando provocado para suprimir omissão ou os rumos da política – quando inadequada ou ineficaz.

Os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, vistos como direitos coletivos lato sensu, são ferramentas excepcionais, na medida em que possibilitam uma prestação ampla do Poder Judiciário, assegurando tratamento igual a titulares de um mesmo direito, prevenindo ações promovidas individualmente por número considerável de pessoas.

Soma-se a isto que, normalmente, os indivíduos envolvidos netas demandas são vulneráveis em face das relações existentes na sociedade contemporânea. O caso destacado nesta pesquisa, dentre outros exemplos, se refere aos usuários de serviços públicos oferecidos pelo Estado a quem compete atender os direitos fundamentais sociais por intermédio destes serviços.

Os cidadãos, neste contexto, se inserem no intenso quadro de complexas interações sociais, são isoladamente frágeis, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso aos direitos fundamentais sociais.

Portanto, o processo civil deve sim ajustar-se a essa plêiade de importância, propiciando a aplicação de seus institutos de maneira customizada ao debate dos interesses metaindividuais e dos direitos fundamentais sociais. Não por outro motivo se sustentou aqui um olhar diferenciado do juiz nestas causas, com enfoque na boa

técnica processual – poderes instrutórios ampliados e julgamento diferenciado – a fim de permitir o julgamento destas ações de forma efetiva e eficaz; mesmo que se reconheça eventual necessidade de medidas legislativas que consolidem a forma de tramitação das ações coletivas.

Independentemente das medidas legislativas consolidadoras, o código de processo civil de 2015 tem previsões que asseguram tanto os critérios ampliativos (de instrução e julgamento) como os limitadores (preventivos contra os excessos) ora propostos. Da devida aplicação e equilíbrio destes institutos surge a viabilidade técnica de interpretar o processo civil conforme a singularidade e importância do direito e da demanda.

Um sistema processual coletivo maduro, aplicado consoante a boa técnica processual, é instrumento relevante e adequado para cumprimento dos direitos, inclusive os fundamentais sociais, bem como auxilia no acesso à justiça e participação democrática por aqueles com maior necessidade. Ainda que a proposta ora suscitada possa acarretar uma visão de deslocamento teórico do processo coletivo em relação ao individual, o processo civil, que naturalmente serve aos dois, comporta uma interpretação ajustada a cada um deles.

Nas ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário atua em questões peculiares de grande relevo, tais como a efetivação de políticas públicas, envolvendo, por exemplo, economia, política, representação de grupos sociais. Em assim sendo, cabe ao juiz interpretar e aplicar o processo civil de forma peculiar, de modo que sua atuação de instrução e julgamento melhor atenda, como dito, a efetividade das ações coletivas e o cumprimento dos direitos fundamentais sociais.

Quando a coletividade busca a observância de direitos sociais surge um propulsor, uma alavanca, para um processo de maior efetividade e resultado teórico e prático potencializados. Esta é, na essência, a razão pela qual o processo civil deve atender as demandas de massa de forma diferenciada a partir dos instrumentos legais e constitucionais hoje presentes no ordenamento.

No intuito de finalizar o raciocínio apresentado, cabe afirmar: aos juízes caberá legitimar as intervenções que se propõe sejam amplas e diferenciadas (na

hipótese delimitada), sem se descuidar, contudo, da fundamentação e de observar os limites legais (reserva de consistência, domínio e conhecimento da causa, devida aplicação das políticas públicas a partir da sua correta definição) e os critérios constitucionais (proporcionalidade).

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Barões da Federação. São Paulo: Editora Hucitec, 1988.

ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antonio, 2005.

ALBALADEJO, Gema Pastor. Teoría y práctica de las políticas públicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. Carlos Bernal Pulido, 2007.

ALMEIDA, Renato Franco. Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito. Revista dos Tribunais Online, vol. 52, jul./2005.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. Revista de Processo, vol. 64, p. 7, Out./ 1991.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

ARAUJO, Eduardo André Vargas de. Os poderes do juiz e o novo Código de Processo Civil: estudo sobre case management e flexibilização do processo. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/129816>. Acesso em: 23 de jun. 2016.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. Revista de Processo, vol. 65, p. 45, Jan./1992.

Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Veto ao novo CPC impede celeridade no Judiciário. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/03/17/veto-ao-novo-cpc-impede-celeridade-judiciario/>. Acesso em: 25 de maio 2016.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC. n. 18, jul./dez. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública (Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 3. ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. et. al. História Constitucional do Brasil. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília Jurídica: 2002.

_____. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional – pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp148973.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 de maio 2016

_____. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 1 de jun. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1426034/AL. Segunda Turma. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 11 de jun. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35898622&num_registro=201304125298&data=20140611&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 de abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 105003/SP. Quinta Turma. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 22 de fevereiro de 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600530114&dt_publicacao=22-02-1999&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 22 de abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 127902 / SP. Quinta Turma. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 6 de out. 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700260593&dt_publicacao=06-10-1997&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 22 de abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGREsp 1356449. Segunda Turma. Relator: Min. Benjamin Herman. Brasília, 3 de maio 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=a%E7%E3o+civil+p%FAblica+julgamento+ultra+extra+petita&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 789117/RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 3 de mar. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=a%E7%E3o+civil+p%FAblica+julgamento+ultra+extra+petita&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20150110290242APO - APO - Apelação/Reexame necessário. 3ª Turma Cível. Relator (a): Maria de Lourds Abreu. Brasília, 20 de abr. 2016. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 de maio 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Orgs. Maria Paula Dallari Bucci.

BUENO, Cassio Scarpinella. As Class Actions norte-americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/index.php/para-ler.html>. Acesso em: 24 de jun. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CANELA JR., Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. México: Editorial Flores, 2014.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS – CEBEPEJ. São Paulo, 2016. Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais. Disponível em:<http://www.cebepj.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRITSINELIS, Marco Falcão. Políticas públicas e normas jurídicas. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição. São Paulo: Editorial Verbo, vol. II, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Revista de Direito do Consumidor, vol. VII, Jul./1993.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE JR., Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, Juvêncio Gomes. A função criadora do juiz. 1. ed. Brasília: Livraria e Brasília Jurídica, 1996.

GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo, Ano 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas do ativismo judicial e da dogmática dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de políticas públicas. vol. 5, n. 2, 2015.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GORCZEVSKI, Clovis. et. al. O desenvolvimento sustentável e o meio-ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração. In: GORCZEVSKI, Clovis. (Org.). A Concretização dos Direitos Fundamentais/UNIISC. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUEDES, Jefferson Carus. Direito processual social no Brasil: primeiras linhas. v. 42. Revista dos Tribunais on line, 2006.

_____. Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEYSER, Maria Fátima V. Ramalho. Ações coletivas e direitos difusos. Campinas: Apta Edições, 2004.

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

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil. 2.ed. Tradução e nota de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Revista de Processo, vol. 35, p. 24, Jul./1984.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Discricionariedade judicial em matéria probatória. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232571>. Acesso em: 20 maio 2016.

LOUREIRO, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. São Paulo: Método, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Interesses difusos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1994.

_____. O direito à adequada tutela jurisdicional - o caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança. Revista dos Tribunais, vol. 663, p. 243, jan./1991.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. Seqüência – Publicação do programa de pós Graduação em Direito da UFSC. v. 32, n. 63, dez./2011.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. Poderes do Juiz no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2004.

MELO, Raimundo Simão. Coletivização das ações individuais no âmbito da justiça do trabalho. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/reflexoes-trabalhistas-coletivizacao-acoes-individuais-ambito-justica-trabalho>. Acesso em: 25 de abr. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Efetividade do processo e técnica processual, Temas de Direito Processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Marilza Ferreira. Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista – BA, n.9, 11-42, 2010. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/878/885>. Acesso em: 1 de jun. 2015.

NEGRÃO, Ricardo. Ações coletivas. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JR., Nelson. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Processo, v. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabilidade civil por danos aos consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 31 de jul. 2016.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o princípio da congruência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. <http://vallisneyoliveira.com/>. Brasília, 2009. Disponível em: <http://vallisneyoliveira.com/artigos/normas-ex-officio-juiz-nao-esta-limitado-as-regras-indicadas-pelas-partes/>. Acesso em: 20 de maio 2016.

PANSIERI, Flávio. Eficácia e vinculação dos direitos sociais. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTORE, Anna. Os direitos nem sempre são uma coisa boa e ampliá-los nem sempre é uma boa ideia. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/entrevista-anna-pintore-professora-universidade-cagliari>. Acesso em: 11 de jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra Editora, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ, vol. 106, n.º 1, 2015.

RICHTER, Daniela. et. al. A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008.

ROCHA, José Elias Dubard de Moura. Interesses coletivos: ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo e eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. Políticas públicas. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Curso de Direito constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Sandra Lengruber da. Elementos das ações coletivas. São Paulo: Método, 2004.

SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. Revista dos Tribunais. Revista de Processo, vol. 196, p. 469, jun./2011.

SUREL, Yves. Les Politiques Publiques Comme Paradigmes. In: FAURE, A.; POULLET, G.; WARIN, P. (Ed.). Paris: l'Harmattan, 1995.

TARTUCE, Fernanda. Igualdade e vulnerabilidade no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=239221>. Acesso em: 14 de maio 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>. Acesso em: 24 de maio 2016.

VIGLIAR, apud HERTEL, Daniel Roberto. Técnica processual e tutela jurisdicional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

XAVIER, Trícia Navarro. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. 2008. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas: Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Vitória, 2008.

ZANETI JR., Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>. Acesso em: 31 de jul. 2016.

_____. Processo Coletivo. Salvador: JusPODIVM, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.