

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTITUIÇÃO DE TRANSFORMAÇÃO POSITIVA DA REALIDADE SOCIAL

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA^(*)

"(...) Os juízes poderiam adotar muito bem uma posição de simples rejeição, recusando-se a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe. Tal atitude negativa teria, contudo, a consequência prática de excluir do judiciário a possibilidade de exercer influência e controle justamente naqueles conflitos, que se tornaram de importância sempre mais capital nas sociedades modernas. Desse modo, a 'ordre judiciaire', abrigada na sua imagem oitocentista, terminaria por se tornar uma sobrevivente, talvez respeitável mas irrelevante e obsoleta, porque incapaz de adaptar-se às exigências de um mundo radicalmente transformado; e, mais cedo ou mais tarde, outros organismos, 'quase-judiciários' e procedimentos terminariam por ser criados, ou gradualmente adaptados, para atender às novas e urgentes solicitações sociais. Repetir-se-iam, em suma, fenômenos similares aos das gradual constituição e afirmação de formas especiais de justiça administrativa e constitucional, paralelas ou em substituição à 'ordinária', reveladas inadequadas. A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de 'crescer', erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos 'difusos', 'coletivos' e 'fragmentados', tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais⁽¹⁾".

1. Introdução. 2. O Papel do Poder Judiciário: 2.1. No Estado Absolutista; 2.2. No Estado Liberal de Direito; 2.3. No Estado Social de Direito; 2.4. No Estado Democrático de Direito. 3. O Poder Judiciário como via de implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro. 4. O compromisso constitucional do Poder Judiciário brasileiro com a transformação positiva da rea-

(*) Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Professor da Universidade de Itaúna (MG), Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(1) Mauro Cappelletti. In "Juizes legisladores?", págs. 59-60.

lidade social. 5. O retrocesso do Estado Democrático de Direito brasileiro quando o Poder Judiciário produz, por força de suas decisões, a transformação negativa da realidade social. 6. A transformação positiva da realidade social pelo Poder Judiciário: 6.1. Pela via do direito processual de resolução de conflitos individuais; 6.2. Pela via potencializada do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro: 6.2.1. Transformação positiva potencializada pelo direito processual coletivo especial, quanto ao controle concentrado da constitucionalidade das leis; 6.2.2. Transformação positiva potencializada pelo direito processual coletivo comum, quanto aos julgamentos dos conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude. 7. Algumas diretrizes principiológicas orientadoras da atividade jurisdicional no direito processual coletivo comum: 7.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; 7.2. Princípio da máxima prioridade do processo coletivo; 7.3. Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva; 7.4. Princípio da legitimidade ad causam ativa presumida pela afirmação do direito coletivo tutelável; 7.5. Princípio da não-taxatividade da ação coletiva; 7.6. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva; 7.7. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo; 7.8. Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; 8. Outras regras interpretativas do direito processual coletivo comum fundamentais: 8.1. Completa interação entre o CDC e a LACP; 8.2. Exigibilidade da compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC ao direito processual coletivo comum; 8.3. O CDC e a LACP como normas de superdireito processual coletivo comum; 8.4. Ampla aplicabilidade das regras principiológicas de interpretação e aplicação do direito constitucional ao direito processual coletivo comum. 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende, em primeiro plano, analisar o papel do Poder Judiciário brasileiro no Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 e, em segundo plano, apresentar algumas diretrizes principiológicas e interpretativas, que são fundamentais para que o Poder Judiciário brasileiro efetive o seu poder de império e amplie a sua legitimidade social, de sorte a se firmar, *materialmente*, como verdadeira instituição *guardiã* e *efetivadora* dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Para esse duplo objetivo (*retratação e proposição*), foi necessária a abordagem, mesmo que bem sucinta, do papel do Poder Judiciário em relação aos Estados: Absolutista; Liberal de Direito; Social de Direito; e Democrático de Direito. A partir dessa análise, observou-se que o Poder Judiciário tem no Estado Democrático de Direito papel fundamental: *é Instituição de transformação positiva da realidade social*. Essa transformação poderá, porém, ser *negativa*, conforme o Poder Judiciário se divorcie ou não,

quando de suas decisões, dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Nessa última hipótese, o Poder Judiciário estará atuando fora dos parâmetros e valores fundantes do Estado Democrático de Direito — portanto, estará agindo de forma inconstitucional.

E mais: no cumprimento desse papel constitucional de transformação *positiva* da realidade social, o Poder Judiciário brasileiro se utiliza de duas vias instrumentais: uma de resolução dos conflitos interindividuais; outra de tutela de legítimo interesse coletivo no plano da *abstração* ou de resolução de conflitos coletivos ocorridos no plano da *concretude*.

Observou-se ainda que essa segunda via, apesar do seu caráter potencializador da função jurisdicional do Estado, não foi completamente desvendada, seja em sede doutrinária, seja em sede jurisprudencial, não obstante o avanço já alcançado pelo Brasil em sede de legislação constitucional ou infraconstitucional.

Constatou-se, também, que é fundamental que sejam extraídos do sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, hoje já concebido como *um novo ramo do direito processual*⁽²⁾, os seus princípios e diretrizes interpretadas, a fim de que o Poder Judiciário brasileiro, mais lúcido de sua missão constitucional e de suas potencialidades na interpretação e aplicação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, não transforme e não concorra para a transformação *negativa* da realidade social, em flagrante desvirtuamento e aniquilamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A fim de minimizar esse impasse, é que são apresentados alguns princípios e regras interpretativas fundamentais à tutela jurisdicional dos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, hoje centro das atenções dos estudos de vanguarda sobre as funções jurisdicionais no Estado Democrático de Direito.

No final, seguem as conclusões principais extraídas do estudo e tidas como fundamentais ao mencionado duplo objetivo pretendido.

2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

2.1. No Estado Absolutista

No Estado Absolutista⁽³⁾, o papel do Poder Judiciário era indissociável da figura do soberano. Não havia a tripartição das funções do poder e mesmo que a função de julgar fosse conferida a pessoas diversas da pessoa do soberano, as decisões desse sempre prevaleciam, pois, com poder absoluto, o soberano se colocava como última instância decisória.

(2) Sobre o tema, *Gregório Assagra de Almeida*. In "Direito processual coletivo — um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)".

(3) O Estado Absolutista, também denominado pela doutrina de Estado Moderno, surgiu na Europa a partir do século XIII e sobreviveu até os fins do século XVIII ou início do século XIX, quando surgiu o Estado de Direito. Cf. *Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Paquino*. In "Dicionário de política", vol. I, pág. 425.

O Estado Absolutista, portanto, exercia poder de polícia sobre o indivíduo e não podia ser demandado jurisdicionalmente pelas pessoas por ele lesadas ou ameaçadas de lesão⁽⁴⁾.

2.2. No Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal de Direito surgiu a partir da Revolução Francesa de 1789. Foi a superação do Estado Absolutista com a implementação do Estado de Direito, o que representou grande avanço na história da evolução das conquistas do ser humano, mesmo que dentro de uma concepção ainda individualista.

O Estado Liberal de Direito apresentava as seguintes características: a) supremacia da Constituição; b) separação dos poderes; c) superioridade da lei; e d) garantia dos direitos individuais, mesmo contra o Estado⁽⁵⁾.

Com a separação dos poderes, surge de forma nítida a função jurisdicional do Estado. O Poder Judiciário passa a exercer a tutela dos direitos individuais conquistados, sejam relacionados com a liberdade, sejam relacionados com a propriedade, especialmente contra as atividades arbitrárias do próprio Estado⁽⁶⁾.

Em razão da complexidade social e do surgimento de movimentos sociais, o Estado Liberal de Direito teve que se remodelar e assumir uma postura também protetora de direitos sociais. Uma postura assistencial, de sorte a romper com o neutralismo e o tecnicismo que o pautavam.

2.3. No Estado Social de Direito

O Estado Social de Direito, também denominado de Estado do bem-estar (*Welfare State*), veio para superar o individualismo que pautava a filosofia no Estado Liberal de Direito, de sorte a passar a atuar socialmente com prestações positivas, reconhecendo e assegurando, *v. g.*, direitos trabalhistas e previdenciários.

José Luís Bolzan de Moraes esclarece que o Estado Social se caracteriza como o Estado que visa garantir "*tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político*"⁽⁷⁾.

(4) Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida. *In op. cit.*, pág. 65.

(5) "O Estado Liberal de Direito funda-se, antes de mais nada, como afirma André-Noël Roth, em proteção do indivíduo contra o Estado, assegurando a regulação espontânea dos indivíduos na sociedade. É mínimo o papel de atuação social assumido pelo Estado dentro do liberalismo clássico". Gregório Assagra de Almeida. *In op. cit.*, pág. 68.

(6) "A proteção do sistema jurídico passou, assim, a ser direcionada para o indivíduo, contra a interferência do Estado em sua vida privada. Estabeleceu-se, portanto, uma limitação na atuação estatal, visando, com isso, garantir a livre circulação de idéias, pessoas e de bens, eliminando a arbitrariedade". Gregório Assagra de Almeida. *In op. cit.*, pág. 68.

(7) *In* "Do direito social aos interesses transindividuais — o Estado e o direito na ordem contemporânea", pág. 79.

O Poder Judiciário vem a exercer um papel mais efetivo no Estado Social de Direito, já que passou a tutelar, além dos direitos individuais conquistados, alguns direitos sociais que foram reconhecidos pelo Estado por força das pressões decorrentes dos movimentos sociais surgidos, especialmente os trabalhistas.

Contudo, a postura do Poder Judiciário no Estado Social de Direito continuou, em relação às demais questões sociais, como as referentes à educação, à saúde, à habitação, à segurança, a ser extremamente neutra e distante da problemática social. Isso se deu basicamente por dois motivos: pela falta de rompimento com a filosofia liberal-individualista, que se fazia imperar desde os berços universitários, na problemática do ensino jurídico; e pela falta de legislação adequada, seja no campo do direito material, seja no campo do direito processual⁽⁸⁾. A pernicioso concepção sobre a ampla e intocável discricionariedade administrativa também fazia com que o Poder Judiciário se abstinisse de enfrentar as grandes questões sociais a ele aduzidas pelas restritas vias processuais existentes.

Com a eclosão da conflituosidade social, que decorreu especialmente das novas exigências da sociedade massificada, tornou-se premente a regulação e a proteção dos interesses transindividuais (difusos e coletivos)⁽⁹⁾. O Estado Social de Direito, que já tinha vasto campo de atuação social, teve que se preocupar com outros direitos sociais fundamentais como os relacionados com o meio ambiente, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, bem como com outras questões complexas, relacionadas com a ordem econômica, em decorrência da mundialização da economia⁽¹⁰⁾.

Na verdade, o Estado Social de Direito não surgiu de uma verdadeira transformação ou de um verdadeiro rompimento com o Estado Liberal de Direito. Foi ele uma forma de Estado onde se implantou uma política de proteção de alguns direitos sociais, mas sem adaptar o seu sistema jurídico para a tutela dos interesses primaciais da sociedade, especialmente no que tange aos direitos e interesses transindividuais⁽¹¹⁾.

(8) A falta de legislação adequada não foi suprida pela esperada interpretação renovadora e progressista da jurisprudência, nem tampouco pelo que era de esperar de grande parte da doutrina. Jurisprudência e doutrina insistiam, especialmente no Brasil, em conceber o direito e os conflitos apenas no aspecto individual.

(9) Escreve *Ada Pellegrini Grinover*: "O Estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. *Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker* anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimização, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo". In "A marcha do processo", pág. 17.

(10) Nesse sentido, *Gregório Assagra de Almeida*. In *op. cit.*, pág. 72.

(11) "(...) Não é verdadeiramente um novo Estado, mas um 'remendo de Estado'. Isso pode ser observado no Brasil, onde a grande maioria da legislação codificada é ainda voltada para a proteção dos interesses individuais, v. g., o Código Civil e o Código de Processo Civil (...)" *Gregório Assagra*. In *op. cit.*, pág. 72.

Incapaz de enfrentar esses problemas sociais e de transformar de forma positiva a realidade social, o Estado Social de Direito mergulha em uma profunda crise, que não é só de *legitimidade* mas também de *identidade*.

2.4. No Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito surge para romper⁽¹²⁾ com todos esses obstáculos. A sua finalidade é a transformação positiva da realidade social, com a implementação da desejada igualdade material. É nas palavras de José Afonso da Silva: o Estado da *justiça material*, que não significa a simples união dos conceitos de Estado Democrático com o de Estado de Direito. É, na visão do mencionado constitucionalista pátrio, a criação de uma nova concepção de Estado, *"que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas que os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo (...)"*⁽¹³⁾.

É dentro do Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário tem a função de transformação *positiva* da realidade social, no sentido da implementação da igualdade material. O Poder Judiciário deixa de ser neutro e distante da problemática social e passa de Instituição de resolução de conflitos somente interindividuais, para assumir também o compromisso constitucional e fundamental de Instituição de resolução de conflitos massificados.

3. O PODER JUDICIÁRIO COMO VIA DE IMPLEMENTAÇÃO MATERIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro tem hoje uma função primordial: a de implementar materialmente o Estado Democrático de Direito delineado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, de *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva.

Um dos comandos constitucionais que conferem essa tarefa fundamental ao Poder Judiciário brasileiro está consagrado, com dignidade cons-

(12) "(...) Esse não é um rompimento com os direitos fundamentais individuais conquistados a partir da Revolução Francesa de 1789, mas com a concepção liberal individualista burguesa. Rompimento com a denominação político-ideológica da classe burguesa. Rompimento com as estruturas do Estado Liberal, ainda impregnadas no Estado Social impedindo a socialização do direito e do Estado". Gregório Assagra de Almeida. *In op. cit.*, pág. 76.

(13) *In* "Curso de direito constitucional positivo", pág. 108.

titucional de cláusula petrificada, no capítulo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Em artigo substancioso sobre o direito constitucional à jurisdição, adverte *Carmen Lúcia Antunes Rocha*:

"O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encaixam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita. A dicção, mesmo que constitucional, do direito à jurisdição não basta para que o cidadão tenha a segurança de ver assumido e solucionado pelo Estado o conflito que, eventualmente, surja na aplicação do direito. Entretanto, não se aspira, neste final de século, um direito fundamental virtualizado em norma e esvaziado em práticas inoperantes e insatisfatórias. Quer-se um direito vivo, o direito das praças públicas, não um direito acomodado, direito das prateleiras das bibliotecas fechadas. Por isso, é insuficiente que o Estado positive a jurisdição como direito, enunciando-o na fórmula principiológica da inafastabilidade do controle judicial, mas não viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficiente e eficaz"⁽¹⁴⁾.

O controle concentrado ou o difuso da constitucionalidade das leis é essencial para que o Poder Judiciário exerça a atividade interpretativa de proteção do Estado Democrático de Direito brasileiro. Também o julgamento dos conflitos individuais ou coletivos, ocorridos no plano da concretude, é o campo propício e legítimo para a implementação material, via jurisdicional, do Estado Democrático de Direito delineado e consagrado no texto constitucional atual. Essa importância da atividade jurisdicional do Estado foi muito bem destacada pela renomada constitucionalista mineira, *Carmen Lúcia*:

"Tenho por certo, porém, que não há Constituição verdadeira sem jurisdição garantida. É mais fácil haver Justiça sem documento constitucional — embora, no atual estágio da civilização, este muito tenha ajudado à realização daquela — do que Constituição verdadeira sem o asseguramento da jurisdição"⁽¹⁵⁾.

4. O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COM A TRANSFORMAÇÃO POSITIVA DA REALIDADE SOCIAL

Estabelece a CF, em art. 1º, que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Fe-

(14) "O direito constitucional à jurisdição". In "As garantias do cidadão na justiça" (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), págs. 33-34.

(15) In op. cit. nota anterior, pág. 33.

deral, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...) e, em seu art. 2º, também consagra que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". O texto constitucional, portanto, é cristalino ao estabelecer que o Poder Judiciário, como um dos poderes independentes da União, é parte integrante e fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ora, se o Poder Judiciário é parte integrante do Estado Democrático de Direito, a ele é inerente o compromisso com a transformação positiva da realidade social, no sentido da igualdade substancial. Não há como estender esse compromisso somente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Com efeito, em suas atividades interpretativas, o Poder Judiciário está vinculado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito arrolados no art. 1º da CF (I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político). E mais: está o Poder Judiciário também atrelado aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estipulados no art. 3º da Carta Magna (I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

A ênfase aos dispositivos constitucionais mencionados não decorre da pretensão simplesmente de apontar o óbvio, nem tampouco pretende que o Poder Judiciário saia de sua postura constitucional de espera e passe a agir ilegitimamente de ofício, antes de ser provocado. O que se pretende é justamente demonstrar que o Poder Judiciário tem a legitimidade e o compromisso constitucional com a transformação positiva da realidade social, por ser Poder Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, sempre que o Poder Judiciário for provocado, deverá extrair suas interpretações dos *fundamentos* e dos *objetivos* do Estado Democrático brasileiro, os quais estão arrolados expressamente nos arts. 1º e 3º, respectivamente, da CF.

Dentro desse contexto, já assinalou Willis Santiago Guerra Filho:

"Nesse momento, penso que se pode deixar um alerta ao Judiciário brasileiro, no sentido de que caso não assuma o papel central que lhe está reservado, na solução dos conflitos sociais, nosso quadro atual, em que se tem a absorção desses conflitos de formas alternativas, que deixam sempre um resíduo significativo de conflituosidade e de insatisfação, tenderá a assumir cores cada vez mais sombrias, distanciando-se cada vez mais da realização da sociedade delineada em nosso texto constitucional, ao que, acima de tudo, os juizes devem respeitar"¹⁶.

(16) In "Teoria processual da Constituição", pág. 103.

Por outro lado, o fato de a Constituição Federal apresentar a harmonia entre os poderes (art. 3º), não autoriza que um se curve ou silencie *diante do outro, mas sim que devem agir harmonicamente na missão comum* de transformar positivamente a realidade social. Cada qual dos poderes da União tem constitucionalmente a sua *especificação funcional*, que não pode ser desvirtuada, seja por força de posturas internas inadequadas, seja por interferências externas ilegítimas.

A *especificação funcional* do Poder Judiciário se concentra no campo do direito e não da política. As manobras políticas dos outros poderes do Estado não podem abalar e aniquilar o sistema jurídico, especialmente no que tange aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. É dentro dessa especificação funcional que o Poder Judiciário é Instituição fundamental de transformação positiva da realidade social. Para isso, tem ele dupla missão constitucional: a) proteger os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, seja em sede de controle concentrado, seja em sede de controle difuso da constitucionalidade das leis; b) efetivar, *concretamente, quando provocado, os direitos, individuais ou coletivos, lesionados ou ameaçados de lesão*. É dentro desse duplo contexto que se deve falar na *indeclinável e indelegável especificação funcional* do Poder Judiciário brasileiro como um dos Poderes Fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Sobre a importância dessa distinção de funções, já ponderou Celso Fernandes Campilongo:

"O que se pressupõe é que esta distinção de funções, esta delimitação do campo do Direito e do campo da política, possa servir como um instrumento de garantia, de afirmação dos Direitos Fundamentais. Possa, de fato, fazer dos Direitos Fundamentais o núcleo de toda a Constituição: direitos invioláveis, absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, enfim, tudo aquilo que se diz dos Direitos Fundamentais"⁽¹⁷⁾.

5. O RETROCESSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO QUANDO O PODER JUDICIÁRIO PRODUZ, POR FORÇA DE SUAS DECISÕES, A TRANSFORMAÇÃO NEGATIVA DA REALIDADE SOCIAL

O Poder Judiciário tanto pode transformar *positivamente* a realidade social, como sói de sua missão constitucional, quanto também pode transformá-la *negativamente*, em inaceitável retrocesso do Estado Democrático de Direito.

Assim, o Poder Judiciário poderá transformar ou concorrer para a transformação *negativa* da realidade social — além de outras situações

(17) In "O direito na sociedade complexa", pág. 107.

que poderiam ser apontadas —, quando provocado e: a) prefere uma interpretação de bloqueio divorciada do texto constitucional como vem fazendo o STF em relação Mandado de Injunção como garantia constitucional fundamental⁽¹⁸⁾; b) deixa de cumprir sua *especificação funcional constitucional protetora* do Estado Democrático de Direito e chancela como constitucionais medidas provisórias ou outras medidas legais restritivas de direitos e garantias constitucionais fundamentais, para atender aos ideários econômicos dos planos políticos do governo federal⁽¹⁹⁾; c) se concentra nos comandos legais infraconstitucionais e esquece de interpretá-los em conformidade com a Constituição como Lei Magna⁽²⁰⁾; d) procura de todas as formas extinguir o processo sem julgamento do mérito, evitando-se o enfrentamento e a resolução do litígio⁽²¹⁾; e) omite decisão a bom tempo e não prioriza suas atividades jurisdicionais; f) deixa de fundamentar suas decisões jurisdicionais, em flagrante desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) e ao princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF)⁽²²⁾.

A transformação da realidade social é *negativa* porquanto posturas do Poder Judiciário dentro dos contextos apontados propiciam que se imponham arbitrariedades e ilegalidades, de sorte a aniquilar os valores fundantes do Estado Democrático de Direito e a impedir que os direitos e garantias fundamentais, já consagrados formalmente na Carta Magna, se efetivem materialmente, em flagrante retrocesso às conquistas individuais e coletivas da sociedade.

(18) O STF, em reiteradas vezes, vem decidindo de forma equivocada que o Mandado de Injunção como garantia constitucional tem o mesmo papel da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dentre outras decisões, destaca-se, nesse sentido, a proferida no MI 191-0-RJ, Rel. Min. Celso Mello, DJU de 1º.2.1990, pág. 280. Luís Roberto Barroso aduz com argúcia a sua crítica à postura da Suprema Corte brasileira: "Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o MI 107-3-DF (...)" In "O direito constitucional e a efetividade de suas normas", págs. 261-262.

(19) O governo federal vem usando e abusando das medidas provisórias fora das hipóteses de admissibilidade constitucional, de forma inclusive a limitar o cabimento de liminares contra o poder público e o STF, mesmo diante de disposição fundamental expressa no texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF), vem decidindo pela constitucionalidade dessas medidas arbitrárias.

(20) É o que acontece quando o Poder Judiciário concebe o direito de propriedade de forma absoluta, sem atentar para a função social da propriedade como exigência constitucional (art. 5º, inciso XXIII, da CF).

(21) Isso vem acontecendo especialmente no campo das tutelas jurisdicionais coletivas, nos casos em que o Poder Judiciário imprime interpretação restritiva da legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela, v. g., dos atos lesivos ao erário, quando a própria Constituição Federal impõe como dever constitucional do Ministério Público a defesa pelo inquérito civil e pela Ação Civil Pública do patrimônio público (art. 129, inciso III, da CF).

(22) O que acontece quando relatores ou presidentes de tribunais dão efeito suspensivo, respectivamente, a agravos e pedidos de suspensão de liminares, v. g., em ações civis públicas, sem aduzir, mesmo que sucintamente, os motivos de fato e de direito de seus convencimentos.

6. A TRANSFORMAÇÃO POSITIVA DA REALIDADE SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO

A transformação positiva da realidade social pelo Poder Judiciário pode ser levada a efeito em basicamente duas vertentes instrumentais: uma de tutela de conflitos de interesses interindividuais; outra de tutela, no plano abstrato, de legítimo interesse coletivo e, no concreto, de conflitos coletivos.

Essas duas vertentes são fundamentais. Todavia, a segunda via é potencializada pela própria natureza dos interesses ou direitos coletivos tuteláveis, de forma que a certeza jurídica nela visada pode atingir milhares ou até mesmo milhões de pessoas por força de uma única decisão⁽²³⁾.

E mais: essa segunda vertente, como se verá nos tópicos que seguem, hoje deve ser concebida como dentro de um novo ramo do direito processual: o *direito processual coletivo*, que é portador de dignidade e natureza constitucionais, seja quanto ao controle concentrado da constitucionalidade das leis, seja quanto à resolução dos conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude.

6.1. Pela via do direito processual de resolução de conflitos interindividuais

A via do direito processual de resolução de conflitos interindividuais é composta pelos seguintes ramos do direito processual: direito processual penal, direito processual penal militar, direito processual eleitoral, direito processual trabalhista e direito processual civil.

São vias pelas quais o Poder Judiciário exerce o seu papel de *protetor* dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, pelo exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis, ao mesmo tempo em que atua para efetivar, no plano concreto, os direitos e garantias constitucionais individuais consagrados na Lei Magna, como os referentes à dignidade da pessoa humana, às liberdades públicas, à igualdade, etc.

Apesar de serem vias não tão potencializadas como as das tutelas jurisdicionais coletivas, são também fundamentais para que o Estado Democrático de Direito se efetive, pois as garantias e os direitos constitucionais individuais fundamentais também fazem parte do mandamento nuclear dessa nova forma de Estado da *justiça material*.

E mais: quanto aos direitos e garantias constitucionais individuais fundamentais, não é também aceitável que a Constituição da República Federativa do Brasil seja apenas uma *carta de boas intenções*⁽²⁴⁾ e para que isso não ocorra é imprescindível o papel do Poder Judiciário.

(23) É o que se extrai do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a coisa julgada coletiva.

(24) Em postura crítica sobre a cultura jurídica no Brasil, concluiu Gustavo Tepedino: "(...) Não parece demasiado afirmar que a cultura jurídica dominante criou duas Constituições. Há uma Constituição que vem sendo zelosamente aplicada, tomada em retazos, disciplinadora de certos

Cândido Rangel Dinamarco já ressaltou, em sua clássica obra sobre a instrumentalidade do processo, a importância dos escopos da jurisdição, ocasião em que destacou a *pacificação social com justiça* e a *educação* como escopos sociais fundamentais da jurisdição⁽²⁵⁾.

6.2. Pela via potencializada do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro tem hoje uma nova via, bem mais potencializada, para transformar positivamente a realidade social: é a via do *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual.

O direito processual coletivo surge no Brasil como novo ramo do direito processual, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, que confere, em várias oportunidades, dignidade constitucional aos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, ao mesmo tempo em que assegura o acesso incondicionado e ilimitado à justiça não mais de forma restrita aos direitos individuais (art. 5º, inciso XXXV, da CF). Não fosse isso, a maioria das ações coletivas ou das ações que podem também ser utilizadas para a tutela de direitos coletivos tem abrigo constitucional, como a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CF), a ação civil pública (art. 129, inciso III, da CF), o dissídio coletivo (art. 114, § 2º, da CF), a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11, da CF), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, da CF), o mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CF). Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda avançou muito no controle concentrado da constitucionalidade das leis, consoante se extrai dos seus arts. 102, 103, e 125, § 2º.

Portanto, é inegável hoje a existência do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, o que não nega a unidade do direito processual, que se fundamenta nas normas constitucionais processuais de conteúdo essencialmente constitucional como, v. g., as referentes ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF), ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), à inafastabilidade das decisões jurisdicionais (art. 5º, inciso XXXV, da CF), etc.

O direito processual coletivo estaria dentro do que a doutrina aponta como *direito processual constitucional*, ao passo que a teoria geral do processo se fundamenta no *direito constitucional processual*⁽²⁶⁾.

princípios da ordem e da manutenção do domínio econômico, da estruturação do Estado e dos Poderes e da República. E, de fato, o texto maior. E há outra Constituição, transformada numa espécie de carta de intenções, que assegura os direitos indispensáveis à cidadania e à dignidade do homem, tendo como princípio fundamental a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Esta foi reduzida, de fato, ao texto menor". In "Temas de direito civil", pág. 301.

(25) "A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação); políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (alucinação da vontade concreta do direito)". In "A instrumentalidade do processo", pág. 317.

(26) A respeito da diferenciação entre direito constitucional processual e direito processual constitucional, cf. Nelson Nery Júnior, in "Princípios do processo civil na Constituição Federal", págs. 20-22.

Sobre o assunto, já havíamos manifestado:

"A divisão do direito processual em alguns ramos como o penal, civil e, agora, o coletivo, leva em consideração alguns fatores determinantes, os quais estão relacionados com a estrutura, a finalidade e o conteúdo presentes em cada tipo de processo. Essa divisão visa, no fundo, aperfeiçoar o sistema processual e garantir que ele cumpra a sua destinação, ou seja, servir de instrumento de efetivação do direito material"⁽²⁷⁾.

O direito processual coletivo, seja pelo seu objeto formal, seja pelo seu objeto material, também se divide em: *direito processual coletivo especial*; e *direito processual coletivo comum*.

6.2.1. Transformação positiva potencializada pelo direito processual coletivo especial, quanto ao controle concentrado da constitucionalidade das leis

O *direito processual coletivo especial* é composto das variadas espécies de controle concentrado da constitucionalidade das leis previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

No direito processual coletivo especial, o STF assume função de Corte Constitucional intérprete e guardião da Constituição, o que lhe possibilita o exercício do papel fundamental de proteção do Estado Democrático de Direito, com a retirada do sistema jurídico das normas jurídicas abstratas que forem incompatíveis com a Constituição e com os valores fundantes desse Estado da *justiça material*⁽²⁸⁾.

É no controle concentrado da constitucionalidade das leis que o STF, como Corte Constitucional, deve declarar como inconstitucionais os comandos normativos abstratos que signifiquem qualquer ameaça ou lesão ao sistema constitucional, especialmente quanto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. O papel do STF aqui é essencialmente de proteção, pela via do processo objetivo de tutela em abstrato da constitucionalidade das leis, das garantias e dos direitos individuais e coletivos fundamentais, já incorporados expressa ou implicitamente na Carta Magna.

Portanto, pela via potencializada do direito processual coletivo especial, o STF deve fazer valer a supremacia da Constituição em face de leis ou atos normativos que ofendam ou ameacem os princípios ou os direitos por ela assegurados. A respeito do assunto, conclui *Gustavo Binenbojm*:

"A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular

(27) In "Direito processual coletivo — um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e problemática da sua interpretação e aplicação)", pág. 51.

(28) Pelo direito processual coletivo especial, o Poder Judiciário poderia muito bem contribuir de forma eficaz para limitar o uso desenfreado das medidas provisórias pelo governo federal.

determinados atos votados e aprovados; majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a 'favor', e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional⁽²⁹⁾.

O exercício desse papel constitucional pelo STF, de forma séria e comprometida com os direitos da cidadania, contribuirá decisivamente para que o Estado Democrático de Direito, devidamente protegido em seu aspecto formal, possa se efetivar materialmente, inclusive pela própria via jurisdiccional, quando dos julgamentos das lides decorrentes dos conflitos interindividuais ou coletivos, ocorridos no plano da realidade social⁽³⁰⁾.

6.2.2. Transformação positiva potencializada pelo direito processual coletivo comum, quanto aos julgamentos dos conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude

O *direito processual coletivo comum* é composto das variadas espécies de tutelas jurisdicionais coletivas, já consagradas formalmente no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário no direito processual coletivo comum, além de protetor do Estado Democrático de Direito e de seus valores fundamentais (controle difuso ou incidental da constitucionalidade das leis), é também órgão de efetivação material dos direitos e garantias constitucionais coletivos consagrados constitucionalmente.

Pelo *direito processual coletivo comum* é que o Poder Judiciário poderá efetivar a reparação dos danos causados ao erário, ao patrimônio moral, ao patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente, além de tutelar coletivamente também os direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso e dos deficientes físicos.

É portanto no *direito processual coletivo comum*, como via potencializada de resolução de conflitos, que o Poder Judiciário terá como eficazmente cumprir a sua missão constitucional e contribuir efetivamente para a transformação positiva da realidade social rumo a uma sociedade mais justa, humana, solidária e livre dos preconceitos que impedem a efetivação de uma ordem constitucional adequadamente democrática.

(29) In "A nova jurisdição constitucional brasileira", pág. 224.

(30) Mas adverte Gustavo Binenbojm: "(...) para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder — compondo um 'governo de juízes' — que dita, de forma monolítica, as interpretações 'oficiais' a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a idéia de cidadania constitucional, de forma a criar uma 'sociedade aberta de intérpretes da Constituição'. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de 'revelação' e 'definição' da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última — mas não única — de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões". In *op. cit.*, nota anterior, pág. 225.

Para que o Poder Judiciário possa fazer imperar materialmente esse seu papel constitucional no campo do direito processual coletivo comum, é fundamental que observe e se oriente por alguns princípios e regras específicas desse novo ramo do direito processual, os quais são, em explicação sucinta, abaixo aduzidos em forma meramente exemplificativa.

7. ALGUMAS DIRETRIZES PRINCIPIOLÓGICAS ORIENTADORAS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM

Os princípios que abaixo seguem são algumas das diretrizes orientadoras que poderá e deverá se valer o Poder Judiciário para que tenha como facilitada a efetivação de seu papel constitucional no Estado Democrático de Direito⁽³¹⁾.

7.1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Por este princípio, o poder judiciário tem interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo, tendo em vista que é no conhecimento do mérito que ele estará a cumprir a sua missão constitucional de órgão de transformação positiva da realidade social. Interesse em conhecer o mérito do processo coletivo não significa que o Poder Judiciário estaria propenso a julgar a favor de "A" ou de "B", mas que tem interesse na resolução do conflito coletivo, de sorte a atender os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos nos arts. 1º e 3º da CF.

Na orientação dessa diretriz principiológica, o Poder Judiciário, ao invés de ficar procurando questão processual para não julgar o mérito, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive a certeza jurídica esperada socialmente⁽³²⁾.

7.2. Princípio da máxima prioridade do processo coletivo

O princípio da máxima prioridade do processo coletivo decorre da própria natureza das tutelas jurisdicionais coletivas, que sempre trazem

(31) Para uma análise mais aprofundada desses princípios, *Gregório Assagra de Almeida*. In "Direito processual coletivo — um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)", págs. 474-483.

(32) Ao sustentar a necessidade de superação das concepções que ainda insistem em tentar explicar o fenômeno da coletivização do processo pelos institutos do direito processual clássico, afirma *Nelson Nery Júnior*: "Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como 'extraordinária', identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de 'legitimação autônoma para a condução do processo' (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação". In "Princípios de processo civil na Constituição Federal", págs. 116-117.

em seu bojo um direito ou interesse social, razão pela qual merece tratamento prioritário como já aconteceu, *v. g.*, com as ações constitucionais do *habeas corpus* e do *mandado de segurança*. Não seria nenhum pouco razoável que o Judiciário não desse prioridade às tutelas jurisdicionais coletivas, pois é no julgamento desses conflitos coletivos que terá o condão de dirimir, em um único processo e em uma única decisão, um grande conflito coletivo ou vários conflitos individuais entrelaçados por uma homogeneidade de fato ou de direito que justifique, seja por força de economia processual, seja para evitar decisões conflitantes, a tutela jurisdicional coletiva.

7.3. Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva

O princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva tem previsão expressa na lei (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85; art. 9º da Lei n. 4.717/65) e confere ao Poder Judiciário o dever de verificar se a desistência ou o abandono da ação coletiva se deram de forma infundada. Em caso positivo, deverá provocar a atuação do Ministério Público, valendo-se inclusive, se for o caso por analogia, do que dispõe o art. 28 do CPP⁽³³⁾. Esse controle sobre o abandono ou a desistência infundados da ação coletiva também é exercido pelo Ministério Público ou por qualquer outro legitimado coletivo ativo.

7.4. Princípio da legitimidade *ad causam* ativa presumida pela afirmação do direito coletivo tutelável

Pelo princípio da legitimidade *ad causam* ativa presumida pela afirmação do direito coletivo tutelável, o Poder Judiciário, ao aferir a legitimidade ativa do legitimado coletivo, não tem que analisar a titularidade do direito ou interesse coletivo. Basta a afirmação de direito coletivo para decorrer, por força de presunção, a legitimidade. É o que ocorre em relação ao Ministério Público que possui legitimidade coletiva institucional, estabelecida expressamente na Lei Maior (arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, da CF).

7.5. Princípio da não-taxatividade da ação coletiva

Pelo princípio da não-taxatividade da ação coletiva, não se pode limitar as hipóteses de cabimento de ação coletiva. Esse princípio tem previsão expressa no texto constitucional (art. 129, inciso III, c/c. o art. 5º, inciso XXXV, da CF) e também na legislação infraconstitucional (art. 1º da Lei n. 7.347/85). Portanto, os entendimentos que restringem o campo de aplicabilidade das ações coletivas, especialmente em relação à ação civil pública, esbarram em disposição expressa do texto constitucional.

(33) A questão não é pacífica. Tem entendimento que sustenta a aplicabilidade, nesses casos, do disposto art. 9º, da Lei n. 7.347/85. No sentido da aplicabilidade do art. 28 do CPP, caso o juiz não concorde com a desistência da ACP pelo MP, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extraviante em vigor", pág. 1533.

7.6. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

O princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva decorre da própria coisa julgada coletiva, no sentido de que devem ser extraídos dos todos os resultados positivos possíveis da certeza jurídica emergente do julgamento procedente do pedido formulado em sede de uma ação coletiva. É o que se nota da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva prevista no art. 103, § 3º, do CDC.

7.7. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

Por força do princípio da máxima efetividade do processo coletivo, o Poder Judiciário tem, no direito processual coletivo comum, poderes instrutórios amplos e deve atuar independente da iniciativa das partes para a busca da verdade processual e a efetividade do processo coletivo⁽³⁴⁾. Isso não significa que tais poderes sejam ilimitados. Os limites a esses poderes instrutórios decorrem da própria Constituição Federal que: garante o contraditório (art. 5º, inciso LV); proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI); exige que todas as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX)⁽³⁵⁾.

Ada Pellegrini Grinover aduz que todo o direito processual caminha atualmente para a ampliação dos poderes do juiz, que não mais pode ser visto como um espectador inerte e sim como o protagonista principal da relação processual. E ainda sustenta a renomada jurista:

"(...) Ademais, nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado 'juiz neutro' — expressão com que freqüentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instâncias sociais —, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso"⁽³⁶⁾.

Além desses poderes instrutórios amplos para a busca do máximo grau de certeza sobre os fatos alegados, o juiz ainda é portador de outros poderes para garantir a máxima efetividade do processo coletivo. Poderá o julgador conceder liminar, com ou sem justificação prévia (art. 12 da Lei n.

(34) Sobre a importância iniciativa instrutória do juiz, já aduziu José Roberto dos Santos Bedaque: "(...) A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da 'postura instrumentalista' que envolve a ciência processual. Essa postura contribui, sem dúvida, para a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos. Contribui, enfim, para a 'efetividade do processo'". In "Poderes instrutórios do juiz", pág. 110.

(35) A respeito desses limites constitucionais aos poderes instrutórios do juiz, Ada Pellegrini Grinover. In "A marcha do processo", págs. 81-82.

(36) In op. cit., nota anterior, pág. 57.

7.347/85). Poderá também conceder a antecipação de tutela (art. 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90), bem como as medidas de apoio previstas no art. 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90, para assegurar o resultado prático equivalente⁽³⁷⁾.

7.8. Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

Outro princípio fundamental, é o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva previsto expressamente no art. 83 do CDC (Lei n. 8.078/90) e aplicável a todas as espécies de tutelas jurisdicionais coletivas por força do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347/85⁽³⁸⁾. Com base nesse princípio, são cabíveis todos os tipos de tutelas no direito processual coletivo comum: preventivas, repressivas, condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas *lato sensu*, cautelares, etc. E também podem ser utilizados todos os ritos e medidas eficazes previstos no sistema processual, a fim de se garantir a tutela efetiva dos direitos ou interesses coletivos.

8. OUTRAS REGRAS INTERPRETATIVAS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM FUNDAMENTAIS

Abaixo são apresentadas somente algumas das regras básicas de interpretação do direito processual coletivo comum. Outras existem⁽³⁹⁾, mas que não serão, nesta oportunidade, aduzidas, a fim de que não seja desvirtuada a finalidade objetiva deste estudo.

Todavia, convém que se observe que a hermenêutica contemporânea vem passando por uma verdadeira transformação de paradigma, especialmente pelo desenvolvimento da idéia em torno do princípio da proporcionalidade⁽⁴⁰⁾. Antes, era orientação hermenêutica que primeiro deveria ser feita a

(37) Nesse diapasão são os ensinamentos de *Ada Pellegrini Grinover*: É mais: "Assim, só para exemplificar, o juiz pode conceder mandado liminar, *inaudita altera parte* (art. 12, LACP); nas obrigações de fazer ou não fazer, pode julgar *extra petita*, aplicando o regime das *astreintes* ainda que o autor não o tenha requerido; e mais, no campo da tutela específica, o juiz pode determinar providências sub-rogatórias, mediante ordens impostas ao devedor ou a terceiros para chegar a um resultado prático equivalente ao adimplemento (art. 11, LACP, ampliado pelo CDC que, em seu art. 84, exemplifica, entre as medidas sub-rogatórias, mencionando a busca e apreensão, o desfazimento de obra, a remoção de pessoas ou coisas, o impedimento da atividade nociva, além de requisição de força policial). Este dispositivo, aliás, foi incluído na reforma parcial do CPC de 1973, aplicando-se hoje a qualquer processo tendente à tutela das obrigações específicas". *In op. cit.*, pág. 57.

(38) "(...) Todas e quaisquer ações são admissíveis para a tutela jurisdicional dos direitos protegidos pela LACP, por expressa incidência do CDC, 83, aplicável às ações fundadas na LACP por determinação da LACP (...)". *Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery*. In "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", pág. 1530.

(39) Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria, *Gregório Assagra*. *In op. cit.*, págs. 484-488.

(40) Sobre o princípio da proporcionalidade, cf. *Willis Santiago Gueira Filho*. In "Processo constitucional e direitos fundamentais", págs. 61-83. Sobre o assunto, esclarece *Glaucio Barreira Magalhães Filho*: "(...) o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: o princípio

interpretação para, em seguida, fazer a subsunção dos fatos à norma. Depois, houve evolução no sentido de que se devia fazer a interpretação e em seguida a subsunção da norma aos fatos⁽⁴¹⁾. Agora, é proposta uma nova visão: a interpretação deve situar-se no plano abstrato, na escolha das melhores diretrizes normativas, porém, quando da aplicação dessas diretrizes, não se falará mais em subsunção, mas em técnica da *ponderação* ou também *máxima do sopesamento*⁽⁴²⁾. Essa nova orientação ao intérprete e aplicador do direito passa a ser fundamental e muito contribuirá para que o Poder Judiciário possa sopesar corretamente e de acordo com os valores fundantes do Estado Democrático de Direito os bens jurídicos em conflito. Esse sopesamento também contribuirá para que melhor seja exercido o controle interno e também externo, mais precisamente, nesse caso, social, sobre o Poder Judiciário, no aspecto especial e fundamental das motivações de suas decisões jurisdicionais. Sobre a responsabilidade do Juiz no Estado Democrático de Direito, já concluiu *Glauco Barreira Magalhães Filho*:

"Em um Estado Democrático de Direito, o juiz tem o que aqui intitulamos de 'responsabilidade ético-funcional'. Sob o ponto de vista ético, o magistrado é regido pelo princípio da equidade, que prescreve a realização da justiça do caso concreto, enquanto pelo aspecto funcional o julgador vincula-se à ordem jurídica normativa. Assim, o juiz deve fundamentar e motivar as suas decisões. A fundamentação liga-se à indicação do fato precedente, que serve de base para a decisão, e das normas aplicáveis ao caso. A motivação envolve a exposição das razões pelas quais se definiu o fato de um determinado modo e mediante as quais foram escolhidas determinadas normas jurídicas para serem aplicadas, bem como inclui a interpretação dada às normas. A motivação deve ser racional e compreensível, a fim de que possa servir como garantia do controle democrático difuso"⁽⁴³⁾.

da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação ou da conformidade prescreve que o meio deve ser apto para alcançar o fim, ou seja, o fim validará o meio. O princípio da exigibilidade ou da necessidade estabelece que o meio escolhido deve ser o mais suave, o que importar menor sacrifício para aqueles direitos fundamentais que não prevalecerem na decisão judicial. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito aponta-nos o meio que soma mais vantagens, que leva em conta, a um só tempo, o maior número de interesses em jogo". *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*, pág. 235.

(41) "No plano hermenêutico, convém salientar que houve uma aproximação entre interpretação e aplicação do Direito, pois um princípio completa o seu sentido no caso concreto, ocasião de sua aplicação. A aplicação do Direito já não é mais vista como subsunção de fatos (premissa menor) à norma (premissa maior) como no modelo silogístico, mas sim como coordenação dos fatos à norma. Não partimos mais da norma como premissa maior, mas do fato, e a coordenação entre fato e norma se faz pela mediação de valor num processo de ir e vir dialético do fato à norma e da norma ao fato". *Glauco Barreira Magalhães Filho. Op. cit.*, nota anterior, págs. 59-60.

(42) "A conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada 'máxima de proporcionalidade'. A imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídico e faticamente possível, para obter-se a atinização no adequamento da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana". *Willis Santiago Guerra Filho. In "Teoria processual da Constituição"*, pág. 195.

(43) *Op. cit.*, nota anterior, pág. 121.

8.1. Completa interação entre o CDC e a LACP

Existe hoje uma completa interação entre a parte processual do CDC e a LACP. Essa regra de interação decorre de normas expressas previstas nos arts. 21 da LACP e 90 do CDC. Com base nesta regra interpretativa de perfeita interação, as disposições processuais do CDC aplicam-se à LACP e as disposições da LACP aplicam-se às ações individuais e coletivas previstas no CDC⁽⁴⁴⁾.

8.2. Exigibilidade da compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC ao direito processual coletivo comum

Como o CPC é um diploma elaborado para resolução de conflitos interindividuais, as suas disposições somente aplicam-se subsidiariamente ao direito processual coletivo, quando existir compatibilidade formal e substancial com as diretrizes principiológicas desse novo ramo do direito processual. Portanto, o operador e intérprete do direito não está autorizado a fazer a simples transferência mecânica das disposições do CPC para o direito processual coletivo. Primeiro terá que aferir a compatibilidade com o espírito e com a essência do direito processual coletivo, sob pena de violação do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF).

8.3. O CDC e a LACP como normas de superdireito processual coletivo comum

A parte processual do CDC e a LACP são recepcionadas pelo direito processual coletivo comum como normas de superdireito processual coletivo. Essa regra interpretativa também decorre de norma expressa prevista no art. 21 da Lei n. 7.347/85, que estabelece que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, a parte processual do CDC e esse, em seu art. 90, estabelece que as disposições da LACP aplicam-se às ações prevista em seu Título III.

8.4. Ampla aplicabilidade das regras principiológicas de interpretação e aplicação do direito constitucional ao direito processual coletivo comum

O direito processual coletivo comum tem natureza e dignidade constitucional: é instrumento fundamental para a implementação material do Estado Democrático de Direito. Por força dessa natureza constitucional do direito processual coletivo comum, a ele se aplicam todas as regras e princípios de interpretação e aplicação do direito constitucional. Destacam-se: o princípio da interpretação conforme a Constituição; o princípio da interpretação constitucional evolutiva; o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; o princípio da

(44) Sobre essa completa e perfeita interação entre o CDC e a LACP, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *In op. cit.*, notas anteriores, pág. 1565.

máxima efetividade das normas constitucionais; o princípio da supremacia da Constituição; o princípio da interpretação especificamente constitucional; o princípio da unidade da Constituição.

Contudo, é fundamental que todas as interpretações constitucionais levadas a efeito pelo Poder Judiciário devam estar pautadas no princípio democrático, ao mesmo tempo em que é ressaltada a importância do balanceamento pela técnica do sopesamento como decorrência do princípio dos princípios, qual seja: o princípio da proporcionalidade.

9. CONCLUSÕES

1. O Poder Judiciário brasileiro tem hoje um papel fundamental: é Instituição de implementação material do Estado Democrático de Direito consagrado formalmente no art. 1º da CF.

2. No cumprimento desse papel constitucional, o Poder Judiciário brasileiro tem o compromisso de transformar positivamente a realidade social com a finalidade de buscar a igualdade material como meta principal do Estado Democrático de Direito.

3. Essa transformação, contudo, poderá ser negativa, quando o Poder Judiciário deixa de interpretar correta e legitimamente a Constituição.

4. Para que o Poder Judiciário brasileiro possa responder a essas exigências do Estado Democrático de Direito, é fundamental a concepção do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, pois é especialmente no campo do controle concentrado da constitucionalidade das leis e no campo da resolução dos conflitos coletivos ocorridos no plano da concretude, que o Poder Judiciário poderá: proteger o Estado Democrático de Direito contra as investidas legislativas autoritárias e efetivá-lo no plano material por intermédio de decisões justas e legítimas.

5. É fundamental que o Poder Judiciário assuma efetivamente esse seu compromisso Constitucional e se oriente no campo das tutelas jurisdicionais coletivas pelos novos princípios e regras interpretativas próprios do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual.

6. Sem essa profunda mudança de *postura interpretativa* em torno das *tutelas jurisdicionais coletivas*, o Poder Judiciário brasileiro não conseguirá *efetivamente* cumprir com o seu compromisso com o Estado Democrático de Direito e estará aprofundando a sua crise de *identidade* e de *legitimidade social*.

10. BIBLIOGRAFIA

- AKEL, Hamilton Elliot. "O poder judicial e a criação da norma individual", São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. "Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional", Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

- ANDRADE, *Christian José de*. "Hermenêutica jurídica no Brasil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. "O problema dos métodos da interpretação jurídica", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BARACHO, *José Alfredo de Oliveira*. "Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais", São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARROSO, *Luís Roberto*. "Interpretação e aplicação da Constituição", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. "O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira", 5ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro-São Paulo: 2001.
- BASTOS, *Celso Ribeiro*. "Hermenêutica e interpretação constitucional", 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BEDAQUE, *José Roberto dos Santos*. "Poderes instrutórios do juiz", 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BELOV, *Graça*. "Diálogos com a cidadania", Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BINENBOJM, *Gustavo*. "A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização", Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- BOBBIO, *Norberto*, MATTEUCCI, *Nicola*, PASQUINO, *Gianfranco*. "Dicionário de política", (trad. João Ferreira (Coord.)). Vols. 1 e 2, 10ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, *Paulo*. "Curso de direito constitucional", 11ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. "Teoria do Estado", 3ª ed., 2ª tiragem, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros: 1999.
- CADEMARTORI, *Sérgio*. "Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMPILONGO, *Celso Fernandes*. "Direito e democracia", 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. "O direito na sociedade complexa", São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAPPELLETTI, *Mauro*, GARTH, *Bryant*. "Acesso à justiça" (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- _____. "Juizes legisladores?" (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- _____. "Juizes irresponsáveis?" (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- _____. "Proceso, ideologías, sociedad" (trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf). Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1973.
- CERQUEIRA, *Marcello*. "Controle do judiciário: doutrina e controvérsia", Rio de Janeiro: Rivan, 1995.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. "O poder dos juízes", São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. "O renascer do direito", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo", 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. "As lacunas no direito", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- FARIA, José Eduardo. "Justiça e conflito", 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. (Org.) "Direito e justiça: a função social do judiciário", São Paulo: ática, 1989.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. "Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade", São Paulo- Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. "A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A marcha do processo", Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. (Coord.). "Participação e processo", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Introdução ao direito processual constitucional", Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. "Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. "Processo constitucional e direitos fundamentais", São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- _____. "Teoria processual da Constituição", São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. "Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição", Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- MILARÉ, Édís. (coord.). "Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985: 15 anos", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MONREAL, Eduardo Novoa. "O direito como obstáculo à transformação social" (trad. Gerson Pereira dos Santos). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- _____. "O direito como obstáculo à transformação social" (trad. Gerson Pereira dos Santos). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- MORAES, Alexandre de. "Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição", São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, José Luís Bolzan. "Do direito social aos interesses transindividuais", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

- MÜLLER, *Friedrich*. "Métodos de trabalho do direito constitucional" (trad. Peter Naumann). 2ª ed. rev., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NALINI, *José Renato*. "Recrutamento e preparo de juizes", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NERY JÚNIOR, *Nelson*. "Princípios do processo civil na Constituição Federal", 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____, NERY, *Rosa Maria Andrade*. "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA JÚNIOR, *José Alcebiades de*. (Org.). "O novo em direito e política", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PASSOS, *José Joaquim Calmon de*. "Direito, justiça e processo: julgando os que nos julgam", Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PEREIRA, *Luís Cezar Ramos*. "Limitação e a não aplicabilidade do direito", Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- PRADE, *Armando*. "Súmulas do Superior Tribunal de Justiça: dicionário jurisprudencial", Florianópolis: obra jurídica, 1997.
- REALE, *Miguel*. "O estado democrático de direito e o conflito das ideologias", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, *José de Albuquerque*. "Estudos sobre o Poder Judiciário", São Paulo: Malheiros, 1995.
- SANTOS, *Boaventura de Sousa*. "O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica", Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- SILVA, *José Afonso da*. "Curso de direito constitucional positivo", 9ª ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1992.
- STRECK, *Lênio Luiz*. "Hermenêutica e(m) crise", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SUNDFELD, *Carlos Ari*. "Fundamentos de direito público", 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- TEIXEIRA, *Sálvio de Figueiredo*. (Coord.). "As garantias do cidadão na justiça", São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. "O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo", Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TEPEDINO, *Gustavo*. "Temas de direito civil", Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VITA, *Álvaro de*. "A justiça igualitária e seus críticos", São Paulo: Unesp, 2000.

DISSERTAÇÕES E TRABALHOS

- ALMEIDA, *Gregório Assagra de*. "Direito processual coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação", São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.