

PUCRS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

PEDRO GARCIA VERDI

**A APLICAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURANTES NAS AÇÕES RELATIVAS A INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS**

Porto Alegre
2016

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PEDRO GARCIA VERDI

**A APLICAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURANTES NAS AÇÕES RELATIVAS A
INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Verdi, Pedro

A Aplicação de Decisões Estruturantes nas Ações Relativas a Interesses Transindividuais. Pedro Verdi. – 2016.

135 f.

Orientador: José Maria Rosa Tesheiner.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Medidas Estruturantes. 2. Tutelas Coletivas. I. Tesheiner, José Maria, orient. II. Título.

PEDRO GARCIA VERDI

A APLICAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURANTES NAS AÇÕES RELATIVAS A
INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, linha de pesquisa Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Dedico este trabalho aos meus pais, Ricardo e Angela, e a meu irmão Eduardo, de quem obtive o mais intenso apoio sempre!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Ricardo e Angela: o meu melhor vem de vocês!

Às minhas avós, Sônia e Ione, cujas contribuições materiais tornaram tudo viável.

Ao meu irmão Eduardo e minha cunhada Ana Letícia, meus exemplos de determinação e perseverança na busca pela realização dos sonhos profissionais e pessoais.

Aos meus amigos e acadêmicos que tiveram influência nas mais diversas fases desta caminhada, Otavio Verdi Motta, Flávia do Canto Pereira, Renata Bernaud e Guilherme Porto.

À Letícia Ferrarini, por todas as oportunidades, profissionais e acadêmicas e, especialmente, por me fazer confiar mais em mim.

À Graziela Rigo Ferrari, mais que uma colega do mestrado, mais que uma sócia, uma amiga e parceira excepcional. Agradeço por tudo.

Ao corpo docente do programa, sempre estimulando e colocando-se à nossa disposição nas horas em que mais precisamos, com especial referência aos professores da minha área de pesquisa, Dra. Elaine Harzheim Macedo, aos doutores Marco Felix Jobim e Sergio Porto e ao meu orientador, Professor Doutor José Maria Tesheiner: vocês se mostraram educadores no sentido mais abrangente da palavra!

Não poderia deixar de fazer deferência aos colegas de mestrado, com quem a convivência dentro da sala de aula foi essencial para o crescimento intelectual e fora, pelo conselho, pela palavra de apoio e pela amizade.

A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno (e, portanto, imóvel) valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realísticos-indutivos do método comparativo.

Mauro Cappelletti

RESUMO

O presente trabalho parte da ideia de que a jurisdição, enquanto poder estatal necessita se adaptar à complexidade dos novos direitos e novas formas de litígio existentes na contemporaneidade. Tem por escopo estudar a aplicabilidade do instituto norte-americano das *structural injunction* como uma forma de conferir maior efetividade às tutelas de direitos transindividuais. Para isso optou-se, primeiramente, por traçar uma linha evolutiva sobre a função jurisdicional e sobre o processo civil, com a finalidade de se compreender o estágio em que se encontra e como emergem os direitos coletivos, assim como preparar o terreno para o entendimento da abertura a um sistema de tutelas coletivas. Superada esta primeira parte, cujo objetivo é introduzir o leitor no cenário em que o tema proposto atua, parte-se à análise das tutelas coletivas, seu surgimento e sua relevância no sistema jurídico atual. Paralelamente, com o fim de se compreender a atuação da jurisdição da atualidade, estuda-se, sob o título de “poderes do juiz”, o desenvolvimento da atividade jurisdicional desde a fase onde existia um juiz “boca da lei”, até o sistema atual, onde cumpre ao julgador mais do que simplesmente aplicar a lei, mas exercer uma atividade intelectual e interpretativa, tornando-o criador do Direito. Ao final, estuda-se o instituto das *structural injunction*, partindo de sua concepção no Direito norte-americano, para se propor a aplicabilidade no Direito brasileiro, o que se faz a partir da análise de casos concretos.

Palavras-chave: Medidas estruturantes. Tutelas coletivas. Poderes do juiz.

ABSTRACT

This work starts from the idea that jurisdiction, while state power, needs to adapt to the complexity of new rights and new forms of existing dispute nowadays. Its scope study the applicability of the North American Institute of structural injunction as a way to give greater effect to the guardianships of transindividual rights. For this it was decided, first, to trace an evolutionary line of the judicial function and the civil process in order to understand the stage it is in and how emerge collective rights, as well as pave the way for understanding the opening to a collective guardianship system. Overcome this first part, which aims to introduce the reader in the scenario where the theme works part to the analysis of collective guardianships, its appearance and its relevance in the current legal system. In parallel, in order to understand the performance of today's jurisdiction, it is studied under the title of "judge's powers" the development of judicial activity from the stage where there was a judge "mouth of the law" to the current system where meets to judge more than simply applying the law, but an intellectual exercise and interpretive activity, making it the creator of the law. Finally, we study the Institute of structural injunction, from its conception in the American law, to propose the applicability in brazilian law, which is based on the analysis of concrete cases.

Keywords: Structural Injunction. Class Actions. Judge's Power.

LISTA DE SIGLAS

Art.- Artigo

CC - Código Civil

CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor

CPC - Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Rext - Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

STF - Superior Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A GÊNESE DO ATUAL PARADIGMA JURISDICIONAL E PROCESSUAL	14
2.1 O ROMPIMENTO DO PARADIGMA INDIVIDUAL LIBERALISTA.....	14
2.2 NOÇÕES HISTÓRICAS: OS RUMOS DO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
2.3 O PRIMÓRDIO DO ESTADO LEGALISTA	21
2.4 A GÊNESE DA CIÊNCIA PROCESSUAL EM MEIO AO PARADIGMA RACIONAL INDIVIDUALISTA	28
2.5 PROCESSUALISMO: NASCENTE DO PROCESSO CIVIL COMO CIÊNCIA AUTÔNOMA	33
2.6 A JURISDIÇÃO NO PARADIGMA DO SÉCULO XX E A RENOVAÇÃO DO PAPEL DO PROCESSO CIVIL	37
3 O PAPEL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO FRENTE ÀS NECESSIDADES ATUAIS: TUTELAS COLETIVAS E A APLICAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURANTES	46
3.1 A GÊNESE DOS DIREITOS COLETIVOS: A TUTELA COLETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	47
3.2 A GÊNESE DOS DIREITOS COLETIVOS: A TUTELA COLETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	60
3.2.1 Poderes do juiz na legislação processual civil brasileira	67
3.2.2 Tutelas específicas e a ampliação da liberdade do magistrado	74
3.2.3 Será o poder judiciário um novo legislador? ativismo: críticas e ponderações	77
3.3 DECISÕES ESTRUTURANTES	84
3.3.1 O Surgimento do Instituto Norte-Americano das <i>Structural Injunctions</i> : o Caso <i>Brown vs. Board of Education of Topeka</i>	86
3.3.2 Doutrina de Owen Fiss	91
3.3.2.1 Valores Públicos (Constitucionais), <i>Ajudication</i> e <i>Injunction</i>	94
3.3.3 O Direito Objetivo Brasileiro e a Abertura ao Sistema das Medidas Estruturantes	99
3.3.4 Viabilidade No Direito Brasileiro: Tutelas Coletivas E Medidas Estruturantes	106
3.3.4.1 Requisitos	111
3.3.4.1.1 Superação do princípio da separação absoluta dos poderes	111
3.3.4.1.2 Relativização do princípio da demanda	114
3.3.4.2 Implementação de uma decisão estruturante: casos no direito comparado	115
4 CONCLUSÃO	124
5 REFERÊNCIA	127

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva realizar um estudo acerca da viabilidade da aplicação do instituto surgido no direito norte-americano conhecido como medidas estruturantes ou estruturais, como meio a tornar efetivas as tutelas coletivas de direitos.

Tratará o trabalho, em suma, da possibilidade de o juiz, munido dos poderes que a lei processual lhe outorga, fazer uso desse modelo de decisões estruturantes, que nada mais são do que decisões complexas que se prolongam no tempo, com o objetivo de fazer valer e tornar concreta a prestação jurisdicional nas tutelas coletivas de direitos.

Pretende-se, em suma, realizar um trabalho que conjugue o estudo dos poderes atribuídos aos magistrados - e a sua aptidão de tornar efetiva a prestação jurisdicional - com a efetividade das decisões em tutelas coletivas de direitos, sabidamente mais complexas do que as individuais.

Tanto o código de processo civil de 1973, quanto o código de 2015, atribuem ao juiz uma série de poderes que lhe confere certa autonomia na fase de concretização, de alcance do bem da vida pretendido.

Não foi dispensado o estudo do contexto histórico - político, social e jurídico - percorrido pelo constitucionalismo contemporâneo e seus reflexos diretos no processo civil da atualidade, cujo grau de maturidade em que se encontra é corolário da aplicação desse modelo de decisões estruturantes, que passa, também, pela compreensão dos poderes conferidos aos magistrados da atualidade, que hoje protagonizam a cena política e jurídica, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais.

Dividido em dois capítulos, o primeiro pretende traçar a linha histórica que conduziu o processo civil do paradigma individualista, iniciado a partir do final do século XVIII, à sua abertura ao modelo coletivo da contemporaneidade.

O segundo capítulo, por sua vez, divide-se em três partes, tratando dos seguintes temas: tutelas coletivas, poderes do juiz e medidas estruturantes. Tais temas são tratados conjuntamente, pois diretamente relacionados, mesclando-se no desenvolver da pesquisa.

Busca-se contextualizar a evolução da jurisdição de um modelo exclusivamente individual para o coletivo. A partir deste novo paradigma, e dos poderes outorgados aos magistrados pela legislação processual civil brasileira, trabalhadas sob o aspecto da efetividade das decisões (cumprimento de sentença), somado aos anseios da sociedade contemporânea, se vislumbra a possibilidade de o sistema judiciário brasileiro recorrer ao sistema de decisões estruturantes.

Em seguida, trabalham-se as *structural injunction*, instituto este que vem sendo aplicado nos Estados Unidos da América desde os anos 1950, e tem sido objeto de pesquisa por processualistas brasileiros^{1 2 3} que têm dedicado estudos aprofundados à compreensão do tema e à sua aplicabilidade no direito brasileiro, e, indo mais além, demonstrando que o judiciário brasileiro está apto a este modelo.

A pesquisa não pretende se restringir ao campo processual, mas ir além desta análise e buscar respostas aos problemas propostos, sobretudo aqueles relacionados à efetividade das tutelas coletivas.

Relegada pela prática forense, cabe aos estudiosos do direito trazer à evidência os temas e a importância das tutelas coletivas de direitos, pois muitos são os frutos que delas se poderão colher, como, por exemplo, celeridade, economia processual e efetividade.

O objetivo final da pesquisa é verificar a aplicabilidade das medidas estruturantes nos processos de tutelas transindividuais, com objetivo de atribuir maior efetividade às decisões.

¹ JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes. Da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

² VIOLIN. Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013.

³ ARENHART. Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Em revista eletrônica de processos coletivos: Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em: 07 de jan. de 2016.

2 A GÊNESE DO ATUAL PARADIGMA JURISDICIONAL E PROCESSUAL

O estudo do processo evolutivo pelo qual passou e vem passando o processo civil brasileiro, até se alcançar o tema objeto de estudo neste trabalho, força a revisitação de alguns marcos históricos essenciais para a compreensão da constante mutação enfrentada pelo Estado, pelos sistemas de poder e de governo, até o surgimento do judiciário contemporâneo, que não mais exerce um papel secundário, ou de coadjuvante, mas de protagonista político e social.

2.1 O ROMPIMENTO DO PARADIGMA LIBERAL INDIVIDUALISTA

O entendimento do tema proposto passa pela compreensão de alguns fenômenos, sobretudo pelo fato de que o processo civil hodierno, para que seja efetivo em se tratando de tutelas coletivas, precisa se desprender da matriz individualista em que se desenvolveu. Este caminho percorrido pela ciência processual foi regado por diversos fatos históricos, políticos e filosóficos que influenciaram a concepção atual sobre o processo.

Não se pode tratar academicamente da possibilidade de, através do atual paradigma da jurisdição, e dos poderes conferidos aos julgadores da atualidade, se perquirir a efetivação das tutelas coletivas de direito, sem compreender a gênese dos fenômenos, sobretudo por que o processo civil hodierno, para que seja efetivo em se tratando de tutelas coletivas, precisa se desprender da matriz individualista em que se desenvolveu.

Por essa razão se faz indispensável a realização de um panorama histórico-evolutivo rumo ao processo civil brasileiro contemporâneo, ou ainda, como vem sendo tratado na atualidade por alguns processualistas, do

processo civil constitucional⁴, ou seja, um processo amparado em garantias constitucionais, dentre as quais, por pertinente ao tema, se destaca a garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, no que tange à relevância da efetividade, referem de forma simplificada que “onde há um direito existe igualmente direito à sua realização.”⁵

A realização, ou efetivação está diretamente ligada aos temas propostos: decisões estruturais e poderes do julgador.

2.2 NOÇÕES HISTÓRICAS: OS RUMOS DO CONSTITUCIONALISMO. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O tema proposto se situa na vigência da fase processual denominada neoprocessualismo⁶, reflexo do neoconstitucionalismo⁷ surgido a partir da evolução do direito constitucional iniciado no período do pós-guerra, especialmente com a promulgação da Constituição de alemã de 1949.⁸

Há muitas críticas à terminologia neoconstitucionalismo, mas fugiria ao escopo do presente analisá-las em detalhes.⁹ Portanto, tratar-se-á nos limites necessários ao tema.

A compreensão dos fenômenos do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, que serão oportunamente tratados, não dispensa uma breve digressão histórica sobre o surgimento do Estado de Direito,

⁴ Sobre o tema destaca-se a obra de MARINONINI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 722.

⁵ *Ibid.*, p. 722.

⁶ Fredie Didier Junior trata da evolução histórica do direito processual e suas fases: praxismo ou sincretismo, processualismo, instrumentalismo e neoprocessualismo, sendo esta a quarta e atual fase. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2015. p. 45.

⁷ Fredie Didier Júnior refere trata do tema e refere que a designação é vaga, mas tem muita aceitação nos países latinos. Acrescenta que há quem denomine essa fase de “pós-positivismo”. *Ibid.*, p. 42-43.

⁸ A Lei fundamental de Bonn de 1949 foi concebida para a fase de transição do segundo pós-guerra. Em 31 de agosto de 1990 foi firmado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã à República Federal da Alemanha, sendo a Lei Fundamental o texto constitucional em vigor até a atualidade. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.6.

⁹ Sobre o tema: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2010. p. 78.

doutrinariamente compreendido nas fases Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, marcadas pela evolução do Direito Constitucional, compreendendo largo período histórico.¹⁰

A constitucionalização do processo civil¹¹ e os novos rumos da jurisdição são temas basilares do presente estudo, que serão tratados após breve compreensão do surgimento do Estado de Direito, cujo processo evolutivo se inicia a partir do surgimento do Estado Liberal, que teve como estopim a Revolução Francesa.¹²

É amplo o período histórico que marca a marcha do processo de constitucionalização, cada qual regado por fatos que mereceriam pesquisa própria. Portanto, o presente estudo focará nos fenômenos ocorridos a partir do século XX, cujos desdobramentos na seara processual são de indispensável compreensão ao tema proposto.¹³

O *Rechtstaat*, ou Estado de direito, surge na segunda metade do século XIX no constitucionalismo alemão, configurando um modelo entre o “constitucionalismo de restauração” da Carta Constitucional de Luís XVIII, de 1812, de raiz monárquica, e o “constitucionalismo da revolução”, com o princípio basilar da soberania popular. Era associado à ideia de ordem e

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 92- 100.

¹¹ Constitucionalização do processo civil que é marca da fase denominada neoprocessualismo. Ainda, para a Escola de Processo da Universidade do Rio Grande do Sul, capitaneada pelo processualista Carlos Alberto Alvaro Oliveira, atribuíram a essa nova fase o a denominação de formalismo-valorativo. DIDIER JUNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 45.

¹² O constitucionalismo tem origem no liberalismo do final do século XVIII, com nascente nos movimentos político, sociais e ideológicos que culminaram em luta por direitos e garantias da população contra o Estado absolutista do Antigo Regime, que culminara com a Revolução Francesa. A revolução Francesa marca a passagem do *Anciën Régime* para a sociedade moderna. Foi um processo violento, que tomou de assalto as antigas instituições sem que houvesse consenso sobre os novos rumos. mesmos interesses, apoiavam votação por classe. A reunião convocada por Luís XVI acabou sendo o estopim da Revolução Francesa. Em 1791 surge a primeira Constituição Francesa, que implantou a monarquia constitucional. VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. O controle jurisdicional das decisões políticas**. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 35-38.

¹³ Em que pese não trabalhados, não se ignora fatos precedentes que marcaram uma sujeição do domínio político pelo Direito. The Rule of Law surge a partir da Magna Carta de 1215 de João Sem Terra, consolidando garantias pleiteadas pelos barões proprietários de terras contra os arbítrios do rei, sobretudo concernentes aos direitos de propriedade e pagamentos de impostos. *Op. cit.*, p. 94-95.

hierarquia jurídica, de forma a limitar o poder estatal, exercido pelo monarca.¹⁴

O Estado de Direito surge com o objetivo de resguardar os cidadãos de ações abusivas por parte do governante, vigorando diversos mecanismos juridicamente previstos que limitam a atuação estatal garantindo as liberdades individuais, combatendo os arbítrios do modelo que o antecedeu, onde predominavam a forma absolutista de poder e os privilégios.¹⁵

O Estado, por conseguinte, passa a ser compreendido enquanto um ente organizado por meio de uma constituição que legitima o poder de atuação dos governantes, e que será base para o desenvolvimento do Estado de Direito.¹⁶

Historicamente, a consolidação do Estado de Direito é dividido em três fases sucessivas acima referidas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.¹⁷

O surgimento do Estado Liberal foi desencadeado pelo ideário reformista revolucionário da França do final do século XVIII, que pôs fim ao absolutismo monárquico do antigo regime vigente nos últimos séculos, estabelecendo uma série de restrições ao Estado, constituindo um novo modelo jurídico-político que opunha o cidadão às arbitrariedades do governante.¹⁸

A lei é identificada como uma ordem geral e abstrata que disciplina a vida em sociedade. O Estado adota um comportamento não interventivo, propiciando o livre desenvolvimento da sociedade. O Direito, por sua vez, adota a coerção como instrumento para se fazer efetivo, aplicando sanções às condutas que o contrariarem. O protagonista nesta fase é o indivíduo.¹⁹

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 96.

¹⁵ *Ibid.*, p. 89-90.

¹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 126.

¹⁷ SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 198.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 90.

Marcou esse modelo o surgimento do Princípio da Igualdade, mesmo que apenas em sentido formal²⁰, a adoção da Separação dos Poderes concebida por Montesquieu, a prevalência do Legislativo sobre os demais poderes estatais, a neutralização da intervenção do governante nas relações econômicas dos particulares, e a Constituição estabelecadora de deveres negativos ao Estado frente ao cidadão, assegurando seus direitos, essencialmente individuais à época.²¹

O judiciário, inevitavelmente, sofreu as influências dessas alterações, abandonando a tradição medieval excessivamente procedimental e assumindo o novo contorno de jurisdição que ficou conhecido pela definição do juiz “boca da lei”.²²

Ocorre que o princípio do século XX foi marcado pelo desenvolvimento das relações sociais, o que demandou uma transformação do Estado de Direito até então vigente, impondo a sua revisão frente à insuficiência do modelo clássico do liberalismo.

O avanço do capitalismo liberal, somado ao rápido desenvolvimento industrial dos séculos XVIII e XIX, agravou as diferenças sociais. Surgiu uma classe trabalhadora sujeita à condições desumanas de trabalho, que logo se mobilizou e passou a clamar por condições melhores de vida, unindo-se contra a exploração.

Assim, nesse contexto crítico decorrente do desenvolvimento das relações de produção, somado às influências do ideário liberal que fervilhavam, estava montado o cenário de tensão que marcou o início da luta por novos direitos.

Urgia uma ordem jurídica que não só limitasse a atuação do Estado, mas previsse um conjunto de garantias e prestações positivas.

²⁰ A igualdade desconectada da vida real dos cidadãos da época, vista como simples projeção da garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existisse gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. HABERMAS, 1997. p. 305. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 33-34

²¹ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114.

²² *Ibid.*, 2005, p. 114.

O Estado se viu obrigado a tomar medidas com o objetivo de promover a qualidade de vida dos indivíduos. Surgiu, assim, o Estado Social de Direito.²³

Além da existência de um dever estatal não interventivo, a nova ordem jurídica marcada pelo início do Estado Social passou a assegurar a efetividade dos novos direitos de caráter promocional que surgiram, o que ensejou uma nova titularidade de direitos, não mais exclusivamente individuais, mas que consideravam a existência de uma coletividade.^{24 25}

O Estado Social do século XX, ou Estado Providência²⁶, tinha por finalidade a promoção do bem social da coletividade através da oferta de produtos e serviços com o objetivo de satisfação das necessidades e anseios da sociedade²⁷, agora reconhecida enquanto ente coletivo, detentora de direitos como saúde, educação e moradia.²⁸

A superação do ideário liberal-individualista que marcou a fase anterior, onde predominavam os direitos individuais do cidadão contra o Estado, abriu caminho para o surgimento dos direitos dos grupos. Surgem os deveres prestacionais por parte do estado, a partir desses novos direitos denominados de segunda dimensão²⁹, que atribuem ao Estado a função de garantidor de direitos sociais, culturais e econômicos.³⁰

²³ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 97.

²⁵ Esse período crítico pós Primeira Guerra Mundial foi marcado pelo desemprego, pelas aglomerações populacionais nas cidades e pelas péssimas condições de trabalho, o que culminou na Revolução Russa de 1917, abrindo caminho para um Estado Socialista. Nesse cenário o Estado se vê obrigado a tomar medidas para conter o povo e passa a assegurar uma série de direitos de cunho social. São editadas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

²⁶ *Ibid.*, 2005, p. 118.

²⁷ *Ibid.*, 2005, p. 118-127.

²⁸ O Estado Social é marcado pela elevação dos direitos econômicos, sociais e culturais, além daqueles já consagrados pelo liberalismo. A ampliação dos poderes do executivo frente ao Parlamento, a adoção do sufrágio universal substituição das formas monárquicas por formas republicanas de governo. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39.

²⁹ Sobre o tema direitos fundamentais e suas dimensões: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015 .p. 45-58.

³⁰ VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. O controle jurisdicional das decisões políticas**. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.18.

Ainda assim, tal modelo não se sustentou por muito tempo. As liberdades conquistadas desde o início do Estado Liberal, mais as garantias de prestação de cunho social surgidas no Estado Social do período pós Primeira Guerra não foram suficientes para garantir a paz comum.

A Europa em crise no início do século XX, que já havia acalmado os anseios da população a partir da estruturação do Estado Social, se viu novamente diante da insuficiência das instituições, que não acompanhavam o desenvolvimento social.

A revisão do modelo anterior foi necessária, motivada, essencialmente, pelo veloz avanço das relações econômicas, o que forçou a adaptação das instituições existentes. Surge o Estado Democrático de Direito, sendo um modelo que, dentre diversas outras mudanças substanciais, previa não apenas o direito de propriedade, mas a função social dela; não mais a plena liberdade contratual, mas a pactuação que respeitasse os interesses sociais e coletivos em detrimento dos individuais. O princípio da legalidade sobrelevado no Estado Liberal se vê enfraquecido ante o fortalecimento do Poder Executivo.³¹

O Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional³², é marcado pelo surgimento de novos direitos que exigiram alterações nas estruturas das instituições. O fenômeno da globalização somado ao avanço das comunicações, da virtualização e digitalização,³³ intensificou as relações comerciais e forçou o Estado a se instrumentalizar a fim de regrá-las.³⁴

A lei figura como instrumento de transformação, e juntamente com novos mecanismos busca dar efetividade à nova ordem jurídica, sob a ótica do Estado provedor e defensor dos interesses da coletividade.³⁵

A jurisdição, com todos os seus desdobramentos, passa a ser diretamente influenciada pela norma fundamental. Urge uma adequação de

³¹ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 118.

³² Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015 .p. 59-63.

³³ Sobre as influências dos avanços tecnológicos na sociedade contemporânea: JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 38-74.

³⁴ Op. cit., , 2005, p. 119.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 98.

suas instituições, funções e operadores às novas exigências e necessidades consagradas na evolução do constitucionalismo, conforme se buscou demonstrar. Não poderia ser diferente, na medida em que tanto a paz mundial quanto os direitos fundamentais do homem individual exigem garantias processuais e jurisdicionais para serem realizados.³⁶

2.3 O PRIMÓRDIO DO ESTADO LEGALISTA

Por muito tempo o direito teve como fonte principal a jurisprudência e as teses dos juristas, não a lei.³⁷ Ou seja, coexistiam a pluralidade de fontes, muitas vezes concorrentes, como o esparso ordenamento estatal, o ordenamento canônico, assim como o direito romano.³⁸

O historiador e jurista português António Hespanha refere que “em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenômeno minoritário, era também um fenômeno subordinado.”³⁹

No entanto, os costumes da Europa do início do século XIX não eram mais compatíveis com as tradições romanas, preponderantes no medievo de matriz feudal.

O fim do absolutismo foi sucedido pelo Estado Legalista, período marcado pela sobreposição da lei elaborada pelo Parlamento ao arbítrio do julgador do antigo regime, sabidamente vinculados ao monarca, que era fonte de todo o poder político e civil.⁴⁰

Jordão Violin ressalta que, tanto o Absolutismo quanto o Legalismo, justificavam a sua atuação a partir de uma forma de poder absoluto. No Antigo Regime o poder do governante decorria da divindade, respaldando-o

³⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 131.

³⁷ Não se ignora a existência pretérita de sistemas jurídicos em que a lei escrita vigorava, mas para fins de delimitação do tema proposto, partirá o trabalho do surgimento do fenômeno denominado Estado legalista ocorrido a partir do surgimento do Estado liberal.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

³⁹ HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: História e prospectiva**. Serviço de educação. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 13.

⁴⁰ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 26.

para atuar como bem entendesse. No estado legalista, quem passa a ter todo poder - que emana da vontade popular.⁴¹ - é o Parlamento.

A lei passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular.⁴²

O monopólio estatal na elaboração do direito ensejou o nascimento do Estado Legalista, que tem na Constituição sua expressão.

Sobre a constitucionalização do direito, Giovanni Tarello refere:

Intendiamo per costituzionalizzazione quel processo storico-culturale per cui, una volta che esso si è tutto dispiegato e realizzato, viene a configurarsi come un rapporto giuridico la relazione intercorrente tra i detentore (o i detentori) del potere politico e coloro che sono soggetti a tale potere.⁴³

Em síntese, a constitucionalização do direito que marcou o estado legalista regula a relação entre o titular do poder político e aqueles que estão a ele sujeitos.

O princípio da legalidade emergiu reduzindo o direito à lei escrita, excluindo outras formas de criação de direitos.

Gustavo Zagrebelski pondera que:

Se habrá notado que los aspectos del Estado liberal de derecho indicados remiten todos la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era um *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad*.

El principio de legalidade, em general, expressa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, em línea de principio, no es oponible ningún derecho más flerte, cualquiera que que sea su forma y fundamento

(...)

La primacía de la lei señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de

⁴¹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdiccional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 42.

⁴² Nesse sentido se pode dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar. Daí a impossibilidade de confundir Rule of Law inglês com o princípio da legalidade. O parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a assembleia parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade. Diante disso, e grosso modo, no direito inglês a lei (o statutory law) pôde ser conjugada com outros valores e elementos, dando origem a um sistema jurídico complexo – o common law -, enquanto nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 25.

⁴³ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976. p. 22.

derecho y el principio de legalidade suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes des derecho.⁴⁴

Nessa fase histórica, o Poder Judiciário era subordinado ao Legislativo. Direito, era o que o Parlamento entendesse por lei.

O princípio da legalidade surgiu, portanto, como fundamento para frear os desmandos do regime antecedente. A lei emanava o poder popular através do parlamento, que assim legitimava sua imposição.⁴⁵

Uma das ideias fundamentais implementadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é impor limites à liberdade individual. Essa foi a forma encontrada pela burguesia de substituir o absolutismo do regime deposto.⁴⁶

Assim, a consolidação das instituições políticas pós-revolução francesa se apoiou em dois instrumentos decisivos: a codificação e uma administração centralizada.⁴⁷

A eliminação dos poderes paralelos ao Estado, como clero e nobreza, oportunizou a reconquista da segurança jurídica, cada vez mais vinculada à legislação oficial do parlamento, por sua vez fundada na representação da vontade popular para agregar-lhe legitimidade.⁴⁸

O contexto pós-revolucionário aguçou a tendência positivista de se apegar à lei. O positivismo jurídico transformou o legalismo em fundamento de juridicidade, separando direito de valores.

A partir daí, a aplicação literal do texto normativo e a impossibilidade de o julgador se afastar do direito positivo foram considerados cânones essenciais para a manutenção do Estado Democrático. Tanto a teoria geral

⁴⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 24.

⁴⁵ O Princípio da legalidade elevou a lei a um ato supremo, pondo fim nas tradições jurídicas do absolutismo do antigo regime. Tanto administração quanto juízes ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, 2015 p. 29.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. Ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 166-167.

⁴⁸ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 40.

do direito, quanto o direito processual, foram profundamente afetados por essa superioridade do Legislativo, que espelhava a falsa ideia da existência de um ordenamento jurídico objetivo, neutro e sem lacunas.⁴⁹

Por conseguinte, o princípio da legalidade passou a constituir-se de um critério de identificação do direito, que repousaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependia de sua correspondência com a justiça, mas apenas de ter sido produzida por autoridade competente.

Nessa linha, Luigi Ferrajoli⁵⁰ qualifica o princípio da legalidade como uma metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Segundo esse princípio, a existência e a validade da norma jurídica decorre apenas de sua fonte de produção. Assim, a juridicidade da norma não estava ligada ao seu conteúdo, mas ao procedimento de edição.⁵¹

Por consequência, a produção do direito era desconectada dos valores reais da sociedade. O caráter geral e abstrato das leis tornava inviável a consideração das circunstâncias especiais ou concretas de cada caso.

Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni destacam que:

Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-la às diferentes situações concretas. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade.⁵²

⁴⁹ VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 42.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 52.

⁵¹ Ao mesmo tempo, o princípio da legalidade tinha estreita ligação com a ideia de liberdade, perseguida e conquistada no período do Estado Liberal, partindo da ideia de que a Administração apenas podia fazer o que a lei autorizasse, e de que os cidadãos podiam fazer tudo àquilo que a lei não vedasse. Nesse sentido Carl Schmitt refere que “da ideia fundamental da liberdade burguesa – proteção dos cidadãos contra o os abusos do poder público – deduzem-se duas consequências, que integram os dois princípios típicos do Estado Liberal. Primeiro, um princípio de organização, que serve para por em prática aquele princípio de distribuição: o poder do Estado (limitado em princípio) reparte-se e encerra-se em um sistema de competências circunscritas”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 138.

⁵² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 34.

Giovanni Tarello sobre a codificação do direito concluí:

Punto di partenza necessário per chiarire il processo di tecnicizzazione della scienza giuridica e delle attività professionali dei giuristi è la codificazione. Infatti uno dei più chiari esempi di concezione técnica delle attività degli operatori giuridici professionali è la concezione técnica secondo cui questi operatori adempiono alle funzioni loro istituzionalmente affidate attraverso l'impiego técnico de uma ciência que elabora um objeto ad essa preconstituído ed esterno; e tra gli oggetti preconstituídos ala ciência giuridica, quelli cui più sovente si è pensato, lungo tutto il corso dell'Ottocento, nell'europa continentale, è um corpo di legge organizzate (...).⁵³

A lei bastava ao juiz para a solução dos conflitos sem precisar recorrer a princípios sujeitos à interpretação ou conceitos vagos, tampouco à norma constitucional.⁵⁴

Assim refere Gustavo Zagrebelski:

Sobre la base de esta premissa, la ciência del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eram más que partículas constitutivas de um edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante uma operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, os métodos de interpretación que, em presencia de uma laguna, es decir, de falta de uma disposición expresa para resolver uma controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa em coherencia con el sistema. La sistematicidade acompañara, por tanto, a la plenitude del derecho.⁵⁵

Era único o resultado possível da aplicação da lei, sendo a certeza do direito a fonte de segurança jurídica à época.⁵⁶

Hoje, tal modelo é insuficiente. A lei perdeu a supremacia e é subordinada à Constituição e seus preceitos, fenômeno que guarda relação próxima com o tema proposto pelo presente trabalho, pois já se concebe um

⁵³ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976. p. 18.

⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 35.

⁵⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 32.

⁵⁶ CHIASSONI, 2009. p. 116-117. *Apud.*, ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 35.

processo civil em que o magistrado protagoniza a efetivação das decisões. A legalidade formal vem abrindo espaço para a legalidade substancial.

Aquela ideia de validade da norma jurídica em razão de ter sido produzida por autoridade dotada de competência normativa, independente de corresponder à justiça, descabe na atualidade.

No auge das codificações, o legislativo era hegemônico, cabendo ao executivo um papel secundário, meramente administrativo, e ao judiciário exercer suas funções abstendo-se de qualquer interpretação de lei.⁵⁷

Foi bradando “Ontem os códigos, hoje as constituições!”, que Paulo Bonavides recebeu a medalha Teixeira Freitas no Instituto dos Advogados Brasileiros, manifestando o triunfo do constitucionalismo no decorrer do século XX.⁵⁸

Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

Mais do que o triunfo do constitucionalismo, é o (direito) público que assume o devido lugar na história do Estado Contemporâneo. Com isto, fica fragilizada a dicotomia público-privado, forjada no seio do absentismo estatal próprio do liberalismo, quando os códigos ditavam o comportamento da sociedade.⁵⁹

Lenio Luiz Streck consegue, em poucas palavras, contextualizar a importância do processo de constitucionalização do direito do Estado Democrático com os paradigmas da atualidade que se pretende demonstrar neste trabalho:

A revolução provocada pelo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito não apenas submete o privado ao público: para além disto, toda a legislação (penal, civil, processual civil, etc.) passa a estar submetida ao exame da parametricidade - não apenas formal, mas (fundamentalmente) material - constitucional. Em outros termos, o texto não mais contém a norma; a vigência torna-se secundária em relação à validade, sempre aferida a partir de uma filtragem constitucional.

Como consequência, a crise proporcionada pelo liberal-individualismo, fruto da primazia do paradigma de direito formal-burguês, instrumentalizado por um constructo normativista-

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 31.

⁵⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11.

⁵⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.11.

positivista, engendra, dialeticamente, as condições para o surgimento de um direito e de um Estado intervencionistas e de perfil promovedor-transformador. O direito “universal” a liberdades individuais iguais “garantido” pelo direito liberal não foi suficiente para evitar as desigualdades sociais.

Surge, assim, a necessidade de novos direitos e uma nova forma de atuar do direito, papel que vem a ser reservado, em grande medida, às Constituições.⁶⁰

As ideias de Lenio Streck, acima expostas, vão ao perfeito encontro do objetivo deste primeiro capítulo.

Não se pode falar em efetividade da tutela jurisdicional - coletiva no caso -, sem se compreender essa linha histórica, política e social que vem mexendo nas matrizes jurisdicionais desde o surgimento do Estado Liberal.

O individualismo não casa com o tema aqui proposto, mas sendo as tutelas coletivas tema relativamente recente, e também as medidas estruturantes serem recentíssimas, sobretudo no Brasil, tornou-se imprescindível a compreensão da evolução do estado jurídico, de absoluto, com um judiciário vinculado ao monarca, à fase do engrandecimento do parlamento, arrimado no princípio da soberania popular, e conseqüentemente, da lei positivada, que, descontextualizada dos princípios constitucionais e da realidade, logo se mostra insuficiente aos anseios sociais (coletivos).

O Estado Democrático de Direito, lastreado na democracia, na proteção e realização dos direitos mínimos dos indivíduos, fez surgir novos instrumentos processuais constitucionais a fim de assegurar a efetividade da jurisdição. Essa é a marca do século XX, a criação de meios, de ferramentas e, nesse contexto, se tratará das medidas estruturantes: um instituto recente, corolário do processo evolutivo do Estado de Direito.

Se o século XX foi marcado pelo surgimento de instrumentos tutelando os direitos sociais e coletivos, o século XXI deve ser marcado pela concretude destes direitos pela superação das dificuldades institucionais e burocráticas que já se conhecem.

⁶⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11.

O processo civil, por sua vez, é o meio, o instrumento condutor dos direitos, razão pela qual deve acompanhar a evolução social, sob pena de se tornar inefetivo.

2.4 A GÊNESE DA CIÊNCIA PROCESSUAL EM MEIO AO PARADIGMA RACIONAL INDIVIDUALISTA

Para a compreensão de como esse fenômeno ideológico denominado Racionalismo teve forte influência no direito processual civil, necessário o entendimento do contexto histórico no qual surgiu a ideologia racionalista.

Alguns marcos históricos tratados nos tópicos anteriores serão brevemente lembrados, porém fazendo-se a interface com o direito e a ciência processual civil que surgia e que será adiante abordada.

É a partir da transição do fim da idade média com o início da idade moderna que se verificam as tendências que marcaram essa transição, e suas influências no campo do direito processual civil.⁶¹

Ovidio Araújo Baptista da Silva esclarece que a concepção de um direito racional foi a resposta ao platonismo moderno com a filosofia aristotélica que dominara na idade média. Acrescenta que o dogmatismo imanente ao racionalismo suprimiu a retórica, substituindo-a pelas certezas matemáticas.⁶²

A compreensão do racionalismo e sua influência no processo civil de matriz individual passam pelo entendimento de dois marcos da derrocada do mundo medieval, e a conseqüente transição para a idade moderna: o renascimento, como fase de surgimento do humanismo, com a nova concepção de indivíduo e o conseqüente surgimento do individualismo, e a reforma religiosa.⁶³

⁶¹ BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 57.

⁶² Ovídio Baptista esclarece que esta análise se torna indispensável para a compreensão do direito enquanto produto cultural, pois tal abordagem proporcionará a compreensão dos diversos matizes do normativismo jurídico, de um direito abstrato e histórico, marca do dogmatismo que caracteriza nossa formação. *Ibid.*, 2004. p. 58.

⁶³ *Ibid.*, 2004. p. 58.

A corrente racionalista, de forte apego ao dogmatismo, reduziu a autoridade judicial a mera reprodutora do texto legal, esvaziando-a da interpretação.

A influência deste posicionamento no campo do Direito, sobretudo do processo, foi significativa. A ideologia racional, no âmbito do processo, foi a responsável pela produção de um rito procedimental compartimentado em fases, com a prevalência do método para se descobrir a “verdade” dentro da lide posta em juízo.⁶⁴

Pode-se dizer que tais circunstâncias deram ensejo a um enredo social, político e humano, que tinham como pressuposto a utilização da razão, compreendida enquanto operação mental, lógica e discursiva, dando, então, origem ao movimento filosófico posteriormente denominado Racionalismo.

Essa corrente racionalista que amparava os estudos de juristas e filósofos do século XVII, além de suas características liberais, baseou-se nos princípios da busca da certeza e da demonstração, o que era comprovadamente evidenciado pela cognição dos fenômenos enquanto calculáveis. O apego ao método não permitia que se acolhesse qualquer coisa como verdadeira se não reconhecida como tal pela ciência metódica.⁶⁵

Assim, por concentrar esforços na busca por segurança e perenidade, no campo do direito, tal filosofia racionalista proporcionou a eliminação da retórica e, conseqüentemente, a eclosão do dogmatismo jurídico, sobretudo na elaboração das codificações, passando a história a nos propiciar uma tentativa de transformação do direito em uma ciência “dura”, preocupada com as certezas matemáticas.⁶⁶

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 88 – 116.

⁶⁵ *Cogito ergo sum*. “Penso, logo existo.” resume o espírito de René Descartes, cuja obra intitulada *Discurso do método* deu início à filosofia moderna. Em 1637, em uma época em que a força da razão tal qual a conhecemos era muito mais do que incipiente, e em que textos filosóficos eram escritos em latim, voltados apenas para os doutores, Descartes publicou *Discurso do método*, redigido em língua vulgar, isto é, o francês. Ele defendia o “uso público” da razão e escreveu o ensaio pensando em uma audiência ampla. Queria que a razão – este privilégio único dos seres humanos – fosse exatamente isso, um privilégio de todos homens dotados de senso comum.

⁶⁶ *Ibid.*, 2007. p. 99.

O dogmatismo suprimiu do Direito o pensamento crítico, na medida em que inexistia nessa ideologia a indagação do “por que” de qualquer fenômeno. Não se indagavam causas.⁶⁷

Resultou da influência do ideário racional ao plano do direito processual civil um direito concebido como ciência demonstrativa, tal qual a matemática, marcada pela aplicação de métodos e fórmulas exatas.

Em uma de suas obras de maior expressão, intitulada *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, Ovídio Araújo Baptista da Silva pondera que o processo civil nasceu eivado de ideais com ideologia individualista, sendo os seus institutos concebidos para tutelar direitos individuais.

O racionalismo, corrente central do pensamento liberal do período da revolução francesa, exerceu severa influência sobre o direito. O “direito racional”, conforme explica Ovídio Baptista, referindo Habermas, *tornou-se substrato das revoluções burguesas dos séculos XVII, XVIII e XIX, sendo, portanto, impossível transformá-lo sem que haja uma correspondente revisão dos pressupostos sociais e econômicos de nossa cultura.*⁶⁸

Pregava-se a ideia de que tudo existia em decorrência de uma causa que pudesse ser demonstrada empiricamente, e que a razão é a única forma de propiciar conhecimento adequado da realidade.

Basicamente, o ideal racionalista pregava a fragmentação de qualquer proposição/afirmação, para que fossem examinadas, ordenadas e enumeradas de forma a se proceder num exame minucioso, afastando-se o risco de omissões.

Marcou a transição da era medieval para a modernidade, sobrelevando a razão em vez das experiências do empirismo, ou das formas místicas de acesso ao conhecimento predominante na idade média.

Assim, o Racionalismo é baseado na busca da certeza e da demonstração.

⁶⁷ *Id.*, **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. 1968, p. 67. Apud., BAPTISTA. Ovídio Araújo da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 57.

Certamente os interesses políticos e econômicos determinaram o confinamento dos juristas à ideologia metódica. A superação do que é denominado *paradigma* racionalista passa, portanto, pela transformação das estruturas políticas e econômicas.⁶⁹

A alienação dos juristas da época marca a fase racional individualista. Ovídio Baptista, *ipsis litteris* refere que:

A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” - lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito”.⁷⁰

Esse período foi marcado pela supremacia da norma enquanto objeto de investigação, sua incidência, as possibilidades de sua aplicação, não se valendo os juristas dos fatos nem de sua experiência pessoal. Pontos de vista e a exposição de fatos concretos a título de comparação ou exemplificação podem apenas colaborar com o jurista no seu íntimo, mas não podem ser externados. As obras jurídicas da época são marcadas pela ausência de exemplos práticos.⁷¹

A matriz individualista também é marca dessa ideologia. A supressão das particularidades dos casos perde espaço para a exigência de uniformidade que permita a inserção do individual nos mais variados casos, com o objetivo de construir sistemas fechados.⁷²

Compreende-se tal modelo partindo da premissa de que é pressuposto do liberalismo a ideia de que todos os homens são iguais, o que cria as origens do princípio da igualdade, ao menos no sentido formal.⁷³

Para Ovídio Baptista, a igualdade é uma abstração que obriga a “despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos “sistemas jurídicos” assenta-se nessa abstração, na fuga do

⁶⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301-302.

⁷⁰ BAPTISTA, Ovídio Araújo Da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 301-302.

⁷¹ *Ibid.*, 2004. p. 302.

⁷² *Ibid.*, 2004. p. 303.

⁷³ *Ibid.*, 2004. p. 303.

individual, como o seu pressuposto metodológico. Supõe-se que cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos”.⁷⁴

A jurisdição deve se transformar a fim de compatibilizá-la com as atuais exigências sociais e políticas. Nesse ponto, Ovídio Baptista questiona se “estamos dispostos a envolver-nos com as questões políticas, cujo acesso aos juristas esteve sempre vedado?”⁷⁵ O individualismo está insculpido no cerne das instituições, o que alimenta a ideia de que a transformação do direito passa, necessariamente, pela transformação das instituições políticas, sob pena de, conforme já referido, existirem instrumentos jurídicos - jurisdicionais e processuais - ineficazes.⁷⁶

No campo do processo civil, a influência significativa do racionalismo se manifestou a partir da ideia de que o direito, assim como as ciências exatas, era uma ciência demonstrativa.

Ovídio Baptista relacionou a temática de discussão para o seio da doutrina processual civil, enfrentado de maneira ostensiva a influência racionalista-cartesiana e suas manifestações nas instituições processuais contemporâneas.⁷⁷

A posterior superação do paradigma liberal-individualista explicitou a natureza política da atividade jurisdicional.

A segurança procedimental proporcionada pelo movimento racionalista, onde inexistia hermenêutica na aplicação das leis, não satisfaz as necessidades da atualidade, marcadas pela evolução das relações em seus mais diversos âmbitos.

⁷⁴ Acrescenta o jurista que “é indispensável saber se, uma vez transposto o paradigma dogmático, encontrar-se-á terreno propício para que o processo desenvolva-se em harmonia com uma sociedade complexa e pluralista, cuja marca fundamental é o individualismo das grandes multidões urbanas. *Ibid.*, 2004. p. 303.

⁷⁵ *Ibid.*, 2004. p. 305.

⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 305.

⁷⁷ Acrescenta Ovídio Baptista: “A breve exposição que estamos a fazer, da influência exercida pelas filosofias racionalistas sobre o Direito Processual Civil, tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Esse foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor da racionalidade das ‘verdades claras e distintas’ de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico. Esse foi o princípio lógico que deu origem às concepções do Direito Processual Civil como ciência formal. O pensamento matemático, que dominou das filosofias políticas do século XVII, teve influencia marcante nas concepções jurídicas de seus pensadores, a começar por Gratius, considerado o pai do jusnaturalismo moderno”. *Ibid.*, p. 69.

Ultrapassada a revolução francesa, com o desenvolvimento e surgimento de novos sistemas de organização política e jurídica, das formas de estado e com o reconhecimento de novos direitos, o papel que cabia aos juízes começa a se desenvolver na esteira das mudanças estruturais que vinham ocorrendo.

Os anseios sociais exigiram do julgador um papel mais criativo e dirigente no ato de decidir, menos adstrito à literal disposição de lei.

A fase processual da época, marcada, sobretudo, pelos estudos sobre as teorias da ação que se iniciaram na Alemanha, tiveram significativa relevância na concepção do processo enquanto ciência autônoma.⁷⁸

2.5 PROCESSUALISMO: NASCENTE DO PROCESSO CIVIL COMO CIÊNCIA AUTÔNOMA

*Embora antigo o processo, é moderníssima a ciência processual.*⁷⁹

É com essa assertiva que os processualistas Fabio Gomes e Ovídio Baptista expressam compreensão de que, em que pese a ideia de processo remonte à antiguidade, a concepção de ciência processual é recente.

Marco notório do *Processualismo* foram os estudos de Oskar Von Bülow, que, em 1868, demonstrou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos do processo - juiz, autor e réu, a qual não se confundia com a relação material litigiosa - por seus sujeitos (inclusão do juiz), seu objeto (provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (pressupostos processuais).⁸⁰

A sistematização dessas ideias conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, tendo em vista seus próprios métodos (distintos do direito privado) e objetos materiais (categorias jurídico-

⁷⁸ Sobre o tema destaca-se a obra coletiva **Polêmica Sobre a Ação**. AMARAL, Guilherme Rizzo. MACHADO, Fábio Cardozo (org.). Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷⁹ GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

⁸⁰ *Ibid.*, 1997. p. 35 – 36

processuais: jurisdição, ação, defesa e processo). Alemães, austríacos e italianos construíram teorias ricas e variadas sobre o tema, lançando ideias fundamentais que geraram valiosas reflexões e obras científicas processuais - todas convergindo para a afirmação da autonomia da ciência processual em relação ao direito subjetivo substancial.⁸¹

A obra de Oskar Von Bülow sistematizou pressupostos, diferenciando direito processual de direito material, atribuindo-lhe autonomia. Enfim, o processo, enquanto instrumento de persecução de direitos e paz social, separava-se do direito material, constituindo uma ciência autônoma. Seus conceitos, portanto, foram fortalecidos.⁸²

Sintetiza Marco Felix Jobim que o *Processualismo*, segunda fase metodológica do processo, foi marcado pela superação de conceitos, pelo rompimento de paradigmas existentes na fase que a precedeu, o *praxismo*. A fase processualista, que inaugurou a ideia de processo enquanto ciência desvelou conceitos e institutos.⁸³

Bülow⁸⁴, portanto, iniciando a ideia de processo como relação jurídica autônoma, desvinculada do direito material, sistematizou uma série de pressupostos de existência e validade do processo, assim como os existentes nas relações jurídicas de direito material, sobretudo, privado, que estava profundamente comprometido com aqueles valores liberais advindos da Revolução Francesa, como a valorização da propriedade, da liberdade frente ao Estado, e da igualdade formal.⁸⁵

Dessa forma, a sistematização do processo civil autônomo tem sua nascente fortemente influenciada pelos ideais privatísticos da época, que refletiam claramente o individualismo.

⁸¹ GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 35 – 36.

⁸² JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 119-120.

⁸³ Sobre as fases metodológicas do processo merece destaque a contribuição de Marco Felix Jobim *Ibid.*, p. 111-138.

⁸⁴ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria da exceções e dos pressupostos processuais**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

⁸⁵ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. O controle jurisdicional das decisões políticas**. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 45.

Acrescenta Ovídio Baptista que esta sempre foi uma barreira encontrada pelas tutelas coletivas que, inevitavelmente, esbarram nos institutos de matriz individualista.⁸⁶

A ciência processual, portanto, surgiu em meio ao paradigma racionalista trabalhado no item anterior, sendo as suas influências no processo civil facilmente perceptíveis.⁸⁷

Do conceito de legitimação, por exemplo, se percebem as influências dos moldes do direito privado e do individualismo. O direito de agir, enquanto exclusivo daquela parte que detenha o direito privado supostamente violado, que decide livremente se retira da inércia o estado-juiz, pela via da ação. Essa matriz em que surgiu a ideia de legitimação sempre foi uma barreira ao reconhecimento e defesa de direitos que ultrapassem a figura do indivíduo.⁸⁸

Ainda, a tripartição do processo civil brasileiro em processo de conhecimento, execução e cautelar demonstra o cientificismo inerente ao racionalismo. Percebe-se que, em vez de critérios pragmáticos, essa divisão se deu por critérios científicos. Em estudo sobre o protagonismo judiciário e o processo coletivo estrutural, Jordao Violin⁸⁹ aborda o tema, e, sobre essa tripartição, refere que “é uma estrutura cientificamente adequada, mas distante da rápida solução dos litígios na prática, porquanto pensada a partir da espécie de provimento judicial, e não na espécie de tutela necessária ao bem jurídico discutido”.

O direito processual herdou do racionalismo os limites jurisdicionais impostos pela supremacia do legislativo. A supremacia da lei colocava o

⁸⁶ Ovídio Baptista esclarece que: *a influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir do movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através das ideias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tornam-se imprestáveis.* SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁸⁷ Sobre o Racionalismo também merece destaque a obra de Ovídio Araújo da Silva Baptista. . **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 57 – 87.

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo.** 2. Ed. Salvador: JusPodvím, 2014. p. 24.

⁸⁹ VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural.** O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: JusPodvím, 2013. p. 45.

poder judiciário a serviço do legislativo, uma vez que sua atuação se mantinha distante do universo fático.⁹⁰

Conclui o processualista que:

A norma, por ser geral e abstrata, não lida com pretensões. E são as pretensões que são os fatos deduzidos em juízo. As pretensões não podem ser codificadas, dada sua infinitude. A maneira de homogeneizá-las é retirando delas a carga fática, sobrando apenas o direito subjetivo. Esse como uma abstração, pode ser positivado. Há, portanto, um espaço não explicado entre a norma geral existente nos Códigos, desprovida de fatos, e a norma específica estabelecida pelo juiz na sentença, a partir dos fatos. Daí por que o direito contemporâneo caminha para uma função não mais normativa, mas jurisprudencial, eis que não é mais possível esconder a necessidade de o juiz trabalhar com fatos, enquanto as normas devem por sua própria natureza abstraí-los.⁹¹

Considerada a terceira fase metodológica do processo, o *instrumentalismo* começa a se distanciar daquela concepção de mera técnica atrelada às formas rígidas. É, portanto, a fase em que se desenvolvem esforços com o objetivo de tornar a jurisdição uma atividade segura, célere e justa.⁹²

O processo, enquanto instrumento, não mais protagoniza a controvérsia levada ao judiciário, mas assume o papel de coadjuvante, na medida em que deixa de ser um fim em si mesmo para assumir o papel de meio, instrumento, ou via cujo propósito é a composição dos conflitos, a resolução das controvérsias, a pacificação social através da garantia dos direitos individuais e coletivos.

Se recente pode ser considerado o reconhecimento da existência de uma ciência processual, conforme mencionado anteriormente, mais ainda é a fase instrumentalista. No Brasil, marcou as reformulações que culminaram com a elaboração do Código de Processo Civil de 1973.

⁹⁰ VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 45.

⁹¹ VIOLIN. Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. O controle jurisdicional das decisões políticas**. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 46

⁹² MACEDO, Elaine Harzheim. MACEDO, Fernanda dos Santos. **O direito processual civil e a pós-modernidade**. Disponível em: <<http://www.professoraelaine.com.br/index.php/artigos/40-o-direito-processual-civil-e-a-pos-modernidade>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

O processo da fase instrumentalista passa a ter fins jurídicos, quais sejam, a efetivação da ordem jurídica material.

Ainda, além da pacificação social, cujo conceito é amplo, cumpre a ele a efetivação dos fins sociais e políticos, dos novos direitos que surgiram e começaram a ser assegurados constitucionalmente a partir da primeira metade do século XX.

O processo é garantidor da ordem jurídica. O Poder Judiciário passa a legitimar o direito e a atuação estatal, sob a égide da Constituição, abrindo caminhos para o que parte da doutrina considera a quarta fase metodológica do processo: o *formalismo-valorativo*.⁹³

2.6 A JURISDIÇÃO NO PARADIGMA DO SÉCULO XX E A RENOVAÇÃO DO PAPEL DO PROCESSO CIVIL

O processo civil é a ciência que cumpre o papel de fio condutor das partes e, sobretudo, do Estado na prestação da atividade jurisdicional. Por essa razão a compreensão da própria jurisdição se faz imprescindível.⁹⁴

O presente estudo não pretende ser exaustivo ao tratar de matéria tão densa e de enorme riqueza doutrinária como a jurisdição, mas apenas lançar as ideias centrais que se façam necessárias para a compreensão do processo evolutivo que culminou com a existência de um poder judiciário dirigente, distante da antiga concepção de juízes como meros “boca da lei”, mas dotados de capacidade interpretativa e poderes instrutórios e executórios cujas finalidades são garantir a efetividade das decisões da atualidade.⁹⁵

Nem sempre o Estado produziu direito. Na antiguidade, antes de ser monopólio estatal, o direito era manifestação de leis divinas, conhecidas apenas pelos sacerdotes. Foi a partir do momento em que o estado se

⁹³ Sobre o tema: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro De. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁴ GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 42.

⁹⁵ Estudo sobre as doutrinas clássicas acerca da jurisdição pode ser encontrado na obra de Fabio Luiz Gomes e Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Ibid.*, 1997. p. 60.

desvinculou dos valores religiosos outrora vigentes e começou a exercer um poder de controle social, que a jurisdição começou a se afigurar.⁹⁶

Mesmo que brevemente, cumpre referir a doutrina italiana, vez que sua influência no processo civil brasileiro é marcante.

Giuseppe Chiovenda⁹⁷, cuja produção doutrinária marcou época no início do século XX, partiu do pressuposto de que a edição das leis era monopólio do Estado, que tinha como funções essenciais a administração da justiça e o poder de aplicar a lei ao caso concreto, pela via da atividade denominada “jurisdição”.⁹⁸

Assim, a jurisdição, ao fazer atuar a vontade da lei ao caso concreto, através das figuras dos juízes, nada mais era do que uma atividade em que o poder público substituíria o particular. A partir dessa conclusão, verifica-se que Chiovenda concebia duas funções imanentes ao estado soberano: a produção das leis e a de sua aplicação. Contudo, Chiovenda diferenciava a atuação da lei, levada a efeito pelo administrador, da aplicada pelo juiz. Enquanto a administração age em suas atividades conforme a lei (ou deve agir), o judiciário faz a lei atuar sobre determinada conduta. Para um a lei é limite, para outro é fim. Conclui que a administração é uma atividade primária, enquanto que a jurisdição secundária, e desta distinção entre administração e atividade jurisdicional surge a atividade jurisdicional como terceira função estatal.⁹⁹

José Tesheiner e Rennan Thamay tecem críticas pertinentes a esse entendimento:

Ao caracterizar-se a jurisdição como atividade de substituição, é preciso que se aponte, com clareza, quem é o substituído. Dizer que o juiz substitui ‘todos os cidadãos’ não tem sentido ou tem apenas o de indicar que ele executou atividade estatal. No processo de conhecimento, não se pode dizer que o juiz substitui o autor, máxime quando profere sentença de improcedência; nem se pode dizer que substitui o réu, máxime quando profere sentença de procedência; se afirmarmos que substitui quem tem *ratio* fica

⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista Da. **Curso de processo civil**. Volume I (processo de conhecimento). 3ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 15.

⁹⁷ Giuseppe (2000, p.8) enxergava a jurisdição como a função do Estado cujo objetivo era a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista Da. **Curso de processo civil**. Volume I (processo de conhecimento). 3ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 18.

⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, 3ª edição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 3 – 16.

por explicar por que não bastou a anterior afirmação de seu direito feita pelo vencedor. O que se pode dizer é que a sentença substitui o acordo das partes: acordo que não houve ou que o Estado declara juridicamente irrelevante (sentença constitutiva necessária; sentença penal). Dizer-se, todavia, que a sentença substitui o acordo das partes apenas significa que a jurisdição é um sucedâneo da defesa privada.¹⁰⁰

Para Francesco Carnelutti a jurisdição consiste na justa composição da lide, pela sentença declarativa, onde o juiz diz o direito. Por essa razão afirma que no processo de execução não haveria atividade jurisdicional, posicionamento que foi posteriormente revisto, passando o autor a conceber a existência de uma lide representada por uma pretensão contestada, caso do processo de conhecimento, e de uma lide derivada de uma pretensão insatisfeita, tratando-se do processo de execução.¹⁰¹

Foi Carnelutti quem conceituou *lide* como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, sendo tal conflito pressuposto da atividade jurisdicional.¹⁰²

José Tesheiner e Rennan Thamay ponderam que “a ideia de lide não explica a jurisdição, como demonstrou Calamandrei¹⁰³, argumentando com as sentenças constitutivas necessárias”.¹⁰⁴

Ovídio Baptista, por sua vez, refere que a doutrina carneluttiana, assim como a de Enrico Allorio, peca “em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou sua finalidade.”¹⁰⁵

A atualidade exige, assim como objetiva o presente trabalho, que os estudos sejam direcionados aos novos contornos da atividade jurisdicional, que tem atuado dia após dia, e cada vez mais, impulsionada pelos mais

¹⁰⁰ TESHEINER, José Maria Rosa e THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro. Forense, 2015 p. 97-98.

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. 2. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 36.

¹⁰² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. 2. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 36.

¹⁰³ Segundo Calamandrei, dois são os caracteres essenciais da jurisdição: atividade de substituição e atividade declarativa. TESHEINER, José Maria Rosa e THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro. Forense, 2015 p. 98.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 2015 p. 101.

¹⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista Da. **Curso de processo civil. Volume I (processo de conhecimento)**. 3ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 18.

variados anseios levados pelos particulares, individual ou coletivamente, ao Poder Judiciário.

Para não passar *in albis*, cumpre mais alguns esclarecimentos acerca da delimitação conceitual.

Com relação à crítica de Ovídio Baptista sobre a falta de uma conceituação de jurisdição, cumpre trazer algumas conclusões de José Tesheiner e Rennan Thamay.

Referem estes autores que a atividade jurisdicional tem sido definida confrontando-a com as atividades legislativa e executiva. Concluem que, dessa forma, “todo ato estatal de exercício de poder classificar-se-á como legislativo, administrativo ou jurisdicional. Não há quarta espécie.”¹⁰⁶

Ainda, tentando superar as dificuldades trazidas pelas doutrinas clássicas, destacam Tesheiner e Thamay que nenhuma tentativa de conceituação da jurisdição é imune à críticas:

- a) Caracterizada a jurisdição como atividade de aplicação de sanções, ficam fora as sentenças declaratórias;
- b) Dito que importa em atividade de julgamento, sobra a execução;
- c) Apontada a coisa julgada como nota diferenciadora, restam excluídas a execução e a cautelar;
- d) Exigida a presença de um juiz, órgão do Estado, fica sem explicação o juízo arbitral (Observe-se, no entanto, que não tem sentido incluir-se o juízo arbitral, atividade privada, em uma divisão das funções do Estado);
- e) Exigindo-se que o juiz seja órgão do Poder Judiciário, desconsidera-se o processo de *impeachment*;
- f) Ao afirmar-se que o juiz regula relação entre o autor e o réu, ignora-se a substituição processual, em que não há coincidência entre as partes em sentido material e as partes em sentido formal;
- g) Ao se exigir um autor, deixa-se de lado o processo inquisitório;
- h) A característica de uma lide falta ou pode faltar nas ações constitutivas necessárias;
- i) A caracterização do juiz como terceiro imparcial tem seu ponto fraco no processo penal, especialmente quando o único ofendido é o estado, de que ele é órgão;
- j) A assertiva de que o juiz aplica lei anterior tropeça na jurisdição de equidade e em todos os casos em que o juiz supre lacuna da lei;
- k) A jurisdição como norma concreta cai em virtude da competência normativa da Justiça do Trabalho e da ação direta de declaração de inconstitucionalidade;

¹⁰⁶ TESHEINER, José Maria Rosa e THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro. Forense, 2015 p. 95.

- l) A jurisdição sofre ultrapassagem de seus limites em face do ativismo, com finalidade de realizar, implementar e instituir políticas públicas omissas pelo Poder Executivo e Legislativo;
- m) Por fim, a jurisdição, como monopólio estatal, cai em face da arbitragem, mecanismo de jurisdição exercida por privados.¹⁰⁷

Feitas as considerações, concluem os autores que, em verdade, o conceito de jurisdição variará conforme se considerem as situações particulares relacionadas.¹⁰⁸

Portanto, pode-se afirmar que o conceito ínsito de atividade jurisdicional não revela natureza hermética, pelo contrário, mostra-se relativamente aberto, pois seu delineamento poderá variar.

O processo civil da atualidade contempla cada vez mais mecanismos que permitam aos juízes ampliar a sua atuação de forma a agregarem efetividade às suas decisões.

Na fase de desenvolvimento das estruturas político jurídicas em que se encontra o estado contemporâneo, pode-se afirmar a existência de um Poder Judiciário dotado de múltiplas funções.¹⁰⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹⁰ distinguiu três funções do Poder Judiciário: a função judicial, a função de autogoverno e a função denominada de “justiça constitucional”, sendo este último objeto de desacordos.¹¹¹

Entretanto, respeitados os limites do presente trabalho, cumpre enfrentar a jurisdição a partir dos paradigmas do século XX e suas interferências no processo civil, que se desenvolve cada vez mais como instrumento na busca da efetivação de direitos, sendo inegável o fortalecimento do poder judiciário, assunto alvo de muitas críticas.

Tangente ao tema jurisdição e o papel que deve desempenhar na idade moderna, Lenio Luiz Streck afirma que:

¹⁰⁷ TESHEINER, José Maria Rosa e THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro. Forense, 2015 p. 95 – 96.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 2015 p. 95-96.

¹⁰⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. De Salomão à Escolha de Sofia: Proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. **Constituição, jurisdição e processo**. Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Coordenadores Carlos Alberto Molinaro, Mariangela Guerreiro Milhoranza e Sergio Gilberto Porto. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 266

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35-36

¹¹¹ *Ibid.*, 2007. p. 266.

Mais do que a apresentação de soluções, trata-se de um “dar-se conta” do problema da (i)nefetividade do processo em *terrae brasilis*. Afinal, a crise se delinea exatamente nesse hiato entre uma sociedade carente de direitos e um conjunto normativo que aponta para o atendimento dessas complexas demandas. Daí a necessidade da rediscussão do papel do Poder Judiciário, no entremeio dessa tensão entre texto e sentido (aplicação) a ser dado ao texto.¹¹²

Ovídio Baptista e Fabio Gomes acrescentam:

A atualidade do problema conceitual da jurisdição deriva de duas questões: a) a teoria constitucional moderna pressupõe, como princípio do Estado democrático, a divisão dos poderes estatais, que deverão ser exercidos por autoridades independentes entre si, de tal modo que as funções administrativas de gestão do próprio Estado, a função legiferante e a função jurisdicional sejam atribuídas a poderes mais ou menos autônomos e independentes.^{113 114}

Assim, a concepção de jurisdição na doutrina de Chiovenda, ante a forte influência do ideário que marcou o século XIX, que separava, quase que de forma estanque e indissociável, as funções de legislar e de aplicar a lei ao caso concreto, dada a sua importância não é ignorada, mas permanece recebendo críticas.¹¹⁵

Os novos moldes das relações sociais da atualidade exigem imensa reforma estrutural, vislumbrando-se o processo como um meio apto a estas reformas. Nesse sentido, Ovídio Baptista e Fábio Gomes referem:

As modernas tendências da Filosofia do Direito contemporâneo, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, na medida em que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora de conduta humana, projeto esse que o julgador deve completar de modo a concretizá-lo, ou subsumi-lo no caso particular.¹¹⁶

Concluem Ovídio Baptista e Fabio Gomes que esta crítica pode ser estendida a todos que se filiam à ideia de jurisdição enquanto mera aplicação do direito objetivo.¹¹⁷

¹¹² Lenio Luiz Streck. Prefácio. In: MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-11.

¹¹³ Estudo sobre as doutrinas clássicas acerca da jurisdição pode ser encontrado na obra de Fabio Luiz Gomes e Ovídio Araújo Baptista da Silva: GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 61.

¹¹⁴ O dogma da separação de poderes, que ganhou destaque a partir da doutrina de Montesquieu e foi universalizado a partir do surgimento do Estado liberal já fora tratado nesse trabalho, e pode ser consultado em: MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹⁵ *Op.cit.*, 1997. p. 64.

¹¹⁶ *Op.cit.*, 1997. p. 64.

¹¹⁷ *Op.cit.*, 1997. p. 64.

Aquele poder manco de outrora não subsiste no estado moderno. O próprio Montesquieu reconhecia que o poder judiciário era um poder nulo, pois o papel dos juízes de seu tempo era de boca que pronunciava as palavras da lei.¹¹⁸

O reconhecimento da jurisdição como atividade pública, assegurada constitucionalmente¹¹⁹, abre caminho à compreensão de seu papel essencial no Estado Democrático de Direito.

Parece evidente que a função da jurisdição se confunde com a função do Estado Democrático de Direito, derivação do novo paradigma que se extrai da ordem constitucional vigente e que deve ser sedimentado em oposição ao antigo dogma de que jurisdição não é mais que mera declaração da vontade da lei.¹²⁰ Elaine Macedo se posiciona nesse sentido:

A jurisdição adquire nesta nova dimensão comprometimento pelos fins sociais a serem alcançados pelo Estado democrático, a realizar-se através de um espectro que lhe vindo sendo reconhecido, embora mais no campo doutrinário do que no campo pratico, e que se tem cunhado de *justiça social*, que, de um lado, representa fatia considerável da função jurisdicional, mas de outro, não esgota toda a problemática.¹²¹

A nascente de um novo judiciário passa pela transformação da jurisdição, que não se resume mais a aplicar a letra fria da lei, mas se mostrar como produto de reflexão sobre valores e princípios, sendo o processo o meio condutor do fim social buscado pela jurisdição. Elaine Macedo acrescenta com propriedade:

¹¹⁸ Da obra de Montesquieu, idealizador da teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado Liberal -, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’. Por isso Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon nulle*). MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 162.

¹¹⁹ Do artigo 3º da Constituição Federal verifica-se o que pode ser considerado os objetivos precípuos do Estado democrático de direito: garantir os a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras fontes de discriminação. MACEDO, Elaine Harzheim. De Salomão à Escolha de Sofia: Proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. **Constituição, jurisdição e processo**. Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Coordenadores Carlos Alberto Molinaro, Mariangela Guerreiro Milhoranza e Sergio Gilberto Porto. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 259-296.

¹²⁰ *Ibid.*, 2007. p. 260.

¹²¹ *Ibid.*, 2007. p. 260

Neste cenário, as decisões judiciais passam a configurar, indiscutivelmente, um produto muito mais de reflexão sobre valores do que mero trabalho exegético do direito positivado, pena, inclusive, de se tornarem obsoletas, inapropriadas e inexequíveis, e, diríamos nós, ilegítimas a ponto de sequer serem cumpridas pelos seus destinatários.¹²²

O processo essencialmente democrático pede ao juiz uma postura ativa na sua condução, seja individual, seja coletivo, em que os poderes do magistrado vão de instrutórios, decisórios e coercitivos, todos na direção de uma condução que culmine na efetivação do direito em questão. Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart e Guilherme Marinoni referem:

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas preocupado com o cumprimento das 'regras do jogo', cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: (i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório efetivo, (ii) a justa aplicação das normas de direito material, e (iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito."¹²³

Assim sendo, processo é procedimento, é instrumento, mas mesmo este cabe cumprir o objetivo, qual seja, de fazer a jurisdição, enquanto poder estatal, tutelar e tornar efetivos direitos. Tal procedimento tem de ser legítimo e estar munido de mecanismos aptos a atenderem e concretizarem as tutelas levadas ao judiciário.^{124 125}

Partindo da matriz processual de 1973, com as alterações que o seguiram, iniciará o capítulo seguinte traçando uma linha que se inicia pelo

¹²² MACEDO, Elaine Harzheim. De Salomão à Escolha de Sofia: Proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. **Constituição, jurisdição e processo**. Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Coordenadores Carlos Alberto Molinaro, Mariangela Guerreiro Milhoranza e Sergio Gilberto Porto. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 268.

¹²³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 449.

¹²⁴ *Ibid.*, 2015. p. 540.

¹²⁵ Acrescentam os processualistas supracitados que "É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso pela razão óbvia de que o procedimento quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado Constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado Contemporâneo". v. 1. *Ibid.*, 2015. p. 540.

complexo tema das tutelas coletivas e o novo paradigma em que elas se desenvolvem, as dificuldades enfrentadas para a efetivação de suas decisões, o papel do Poder Judiciário contemporâneo, que dotado de mecanismos coercitivos, deve atuar no caminho da efetivação das decisões. Propor-se-ão as medidas estruturantes - *structural injunctions* do direito norte americano - como uma alternativa às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário.

3 O PAPEL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO FRENTE ÀS NECESSIDADES ATUAIS: TUTELAS COLETIVAS E A APLICAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURANTES:

Superado está o primeiro capítulo do presente trabalho, cujo objetivo foi de traçar, brevemente, uma linha temporal evolutiva destacando alguns marcos históricos, políticos, sociais e jurídicos da evolução da humanidade e do Estado enquanto ente dotado de poderes.

Buscou-se, portanto, demonstrar a origem do cenário existente na atualidade, fruto da evolução dos povos, das formas de governo, de poder e da ciência jurídica.

Um estudo como o tal, que se proponha a trabalhar uma nova forma de jurisdição, não mera aplicadora, mas criadora e realizadora dos direitos, não pode ignorar alguns marcos evolutivos que semearam o terreno em que nascem novas formas de atuação do Poder Judiciário.

Por essa razão, imprescindível ao estudo em questão a realização de um panorama histórico-evolutivo rumo ao processo civil brasileiro contemporâneo, ou, conforme já referido, do processo civil constitucional, não mais concebido como um fim em si mesmo, mas como instrumento, como um meio dotado e regado por garantias que transcendem suas barreiras, como a efetividade das tutelas, por exemplo.

A compreensão da possibilidade da jurisdição da atualidade, pela via do processo, perquirir a efetivação das tutelas coletivas de direito pelas mãos do juiz passa pela compreensão da superação da matriz individualista em que se desenvolveram as estruturas políticas, sociais e jurídicas, sobretudo aquelas que exerceram influência no campo do processo civil.

Assim, tratar-se-á das tutelas coletivas, já concebidas como fruto do processo evolutivo dos direitos fundamentais iniciado a partir do fim do Estado absolutista e sobrelevada a partir do século XX - pós guerras - para, traçando a conexão com a jurisdição da atualidade - ativa, realizadora e provedora de direitos - se chegar às medidas estruturantes, instituto agregador - sob o ponto de vista do presente trabalho - de efetividade às

tutelas coletivas de direitos, notadamente relevantes por seu impacto social e econômico na vida de grupos de pessoas.

3.1 A GÊNESE DOS DIREITOS COLETIVOS: A TUTELA COLETIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, o surgimento das ações coletivas remonta à antiguidade. O direito romano contemplava uma espécie de ação popular em defesa de alguns bens públicos e sacros. A República Romana foi marcada por um forte sentimento de que pertencia ao cidadão.^{126 127}

Mais recentes, as ações das classes são os antecedentes históricos das *class actions* existentes nos últimos oitocentos anos na tradição anglo-saxã.^{128 129}

Conforme trabalhado no capítulo anterior, foram diversas as interferências políticas e filosóficas que culminaram na abertura do processo civil a uma matriz coletiva. No entanto, a abertura para um sistema que concebesse a existência de direitos coletivos passou, primeiramente, pela consolidação dos direitos individuais subjetivos. No Antigo Regime, poucas eram as garantias do cidadão contra o Estado. Foi necessário, portanto, o reconhecimento dos direitos dos indivíduos para se cogitar de tutelar direitos coletivos.

Assim, o liberalismo do fim do século XVIII influenciou sobremaneira a evolução das fases metodológicas do processo e, somado ao racionalismo

¹²⁶ Advém dessa fase o brocardo “reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa” (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Processo coletivo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 23.

¹²⁷ Sobre a República romana consultar: ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Volume I. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13 – 26.

¹²⁸ Advém dessa fase o brocardo “reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa” (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). *Op. cit.*, 2014. p. 23.

¹²⁹ O sistema jurídico inglês concebia, desde o século XVII, mecanismos de tutela de direitos coletivos. O *bill of peace* era um modelo de demanda que permitia a representação de grupos de pessoas, sem que todos figurassem na ação. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23 - 24.

dos métodos, consolidou-se o processo voltado aos valores da época: propriedade individual, autonomia da vontade, direito de ação exclusivo do titular do direito privado codificado, dentre outros.¹³⁰

Conforme destacam Hermes Zaneti Junior e Fredie Didier Junior:

Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura “Era dos Códigos”. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial.¹³¹

A alteração do paradigma que deu azo à abertura da jurisdição às tutelas coletivas foi brevemente esboçado no capítulo anterior.

O modelo de processo bilateral, para Ricardo Luiz Lorenzetti¹³², se baseia em conflitos sobre bens jurídicos individuais pertencentes a duas partes, e conduz em resultados inefetivos nas tutelas de direitos coletivos:

La tradición histórica y las leyes vigentes hacen que se utilice el modelo ‘bilateral’ para tratar conflictos colectivos, lo que resulta difícil y conlleva, en numerosas hipótesis, la falta de resultados concretos en tiempos razonables”.¹³³

E prossegue:

Ésta es una tradición que nace con el surgimiento de los derechos subjetivos en los siglos XVII y XVIII y es el que ha dado origen al procedimiento judicial que se utiliza habitualmente y la organización institucional del Poder Judicial que conocemos. Desde el punto de vista metodológico, es un sistema de posiciones rituales, ordenadas dialécticamente al modo de tesis, antíteses y síntesis. Por esta razón es que el proceso civil consiste en la presentación de una demanda que expresa una pretensión, que el demandado controvierte y, luego de la aportación de evidencias, se adopta una decisión judicial.¹³⁴

¹³⁰ Advém dessa fase o brocardo “reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa” (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Processo coletivo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 23.

¹³¹ *Ibid.*, 2014. p. 24.

¹³² LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 25.

¹³³ *Ibid.*, 2010. p. 26.

¹³⁴ *Ibid.*, 2010. p. 25 – 26.

Tangente ao papel pragmático do processo coletivo, Ricardo Lorenzetti destaca a eficiência e a economia processual, ao referir “No hay duda de que, en principio, es mejor concentrar en un solo proceso una decisión que afecta a grandes grupos”.¹³⁵

Lorenzetti acrescenta que os processos coletivos permitem uma ampla participação social em temas de relevância, como questões ambientais, urbanísticas, etc. Em uma sociedade democraticamente organizada, tais aspectos são tratados dentro do sistema representativo, exercido pelos poderes legislativo e executivo.¹³⁶

No entanto, a burocracia política e administrativa – a mesma tratada por Owen Fiss em sua obra, um dos marcos teóricos deste trabalho¹³⁷, é também concebida por Lorenzetti como uma barreira a efetivação dos direitos individualmente considerados.¹³⁸

Um contraponto que pode ser feito a quem critica a dimensão que vem ganhando o poder judiciário, denominado ativista, é de que a dinâmica das relações econômicas e sociais muda com muita velocidade, no que Lorenzetti referiu “los ciudadanos requieren decisiones diárias, pero sus representantes son elegidos mediante el voto cada cuatro o seis años, con lo cual demandan controles y participación más continuos”.¹³⁹

É, conforme já defendido nesse trabalho, a atuação do Poder Judiciário frente à insuficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, que não responde aos anseios da sociedade no momento devido, razão pela qual culminam com as cortes tendo que se manifestar.

A judicialização de conflitos através das demandas coletivas se manifesta a partir desse fenômeno que Lorenzetti trata por “difusión del poder”. O cidadão não espera a ação estatal, mas o impulsiona no que veem a necessidade de debate.¹⁴⁰

¹³⁵ LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 29.

¹³⁶ *Ibid.*, 2010. p. 36.

¹³⁷ FISS, Owen M. RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003. p. 287 – 288.

¹³⁸ *Op. cit.*, 2010. p. 36.

¹³⁹ *Op. Cit.*, 2010. p. 36.

¹⁴⁰ *Op. Cit.*, 2010. p. 36.

Acrescenta Lorenzetti que “Las acciones colectivas permiten identificar conflictos porque son los ciudadanos los que actúan, facilitan la participación em su resolución y, además, confieren certa difusion del poder en la toma de decisiones.”¹⁴¹

No plano social, as ações coletivas surgiram com o objetivo de tutelar aqueles interesses e direitos carentes de proteção legislativa, uma vez que o ideário individualista de direitos subjetivos predominante e arraigado nas instituições ditava a atuação do legislativo.¹⁴²

No que se refere ao sistema jurídico brasileiro, o processo de consolidação das tutelas coletivas não tem sido linear. Diversas oscilações político filosóficas marcaram seu desenvolvimento.

O Código de Processo Civil de 1973 foi concebido a partir da clássica divisão em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. Para cada espécie, o Código disciplinou o processo e suas ações e procedimentos. Referido sistema construiu suas bases sobre a matriz subjetiva individualista, criando mecanismos à disposição dos particulares enquanto titulares de direitos individuais e que apenas por eles poderiam ser levados a juízo.¹⁴³

A regra do artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 – artigo 18 do Novo Código de Processo Civil -, ao estabelecer que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” demonstra a força desta matriz.¹⁴⁴

Ou seja, as formas de atuação coletiva previstas eram apenas aquelas relacionadas ao litisconsórcio, que ainda era limitado em número de participantes.¹⁴⁵

As reformas na legislação processual civil - dentro e fora do código - se iniciaram a partir de 1985 pela inserção de novos mecanismos, e a partir

¹⁴¹ LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 36.

¹⁴² OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34.

¹⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

¹⁴⁴ A redação do Novo Código de Processo Civil substituiu a expressão “por lei” por “pelo ordenamento jurídico”. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 26 fev. 2016.

¹⁴⁵ *Op. Cit.*, 2014. p. 15.

de 1994, com o aperfeiçoamento dos institutos já existentes, de forma a adaptá-los às novas exigências.¹⁴⁶

Essa primeira fase de inovações na legislação processual civil, iniciada a partir de 1985, demonstra o início da abertura do sistema jurídico brasileiro às tutelas coletivas de direitos. A Ação Civil Pública, de 1985, é concebida para tutelar os danos ao meio ambiente, consumidor, bens de valores artístico, histórico e cultural, assim como outros de tutela difusa e coletiva. Nesta esteira surgem também o Estatuto da Criança e Adolescente, em 1990, a Lei 7.853, de 1989, sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiências, e a Lei 8.429 de 1992, sobre a probidade na administração pública, dentre outros diplomas caracterizados pela transindividualidade dos direitos tutelados.¹⁴⁷

Da mesma forma, verifica-se que o rol de legitimados a ingressarem com tais medidas vem crescendo. Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal consolidou a legitimidade ativa da Defensoria Pública a ingressar com ações civis públicas, questão que dividia opiniões, tanto que objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade manejada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, sob a alegação de que a Defensoria é órgão de defesa das pessoas que não tem recursos, e não das coletividades.¹⁴⁸

Relevante no desenvolvimento das tutelas coletivas foi o advento do microsistema consolidado a partir da Lei 8.078 de 1990, que estabeleceu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujo objetivo é reger e tutelar os direitos concernentes às relações de consumo.

Diferentemente das leis acima referidas, pois de caráter evidentemente transindividual os bens por elas tutelados, a legislação de proteção do consumidor tutela os direitos subjetivos individuais, de forma coletiva, doutrinariamente denominados “direitos individuais homogêneos”.

¹⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 14 – 15.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 2014. p. 15.

¹⁴⁸ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

São aqueles que, embora pertencentes à diversas pessoas, tenham origem comum.¹⁴⁹

Não se pode deixar de referir o advento da Constituição Federal de 1988 com seus significativos avanços.¹⁵⁰

Já de início, chama-se a atenção ao extenso rol de garantias constantes do artigo 5º, insertos no capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, de onde se extrai que, ao prever o texto constitucional que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito” está tutelando, também, os interesses e direitos coletivos.¹⁵¹

A ação popular¹⁵², a ação civil pública¹⁵³ e o mandado de segurança coletivo¹⁵⁴ também foram contemplados pela Constituição Federal de 1988, demonstrando o intento do legislador de prestigiar as tutelas coletivas. O legislador percebeu algo que parece óbvio: quanto mais mecanismos de tutelas coletivas existirem, menos ações individuais precisarão ser ajuizadas. Esse é o objetivo precípua das tutelas coletivas: menos processos, mais celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

¹⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

¹⁵⁰ Na obra de Lorenzetti também se encontra referência à importância do advento da Constituição Federal de 1988 no desenvolvimento dos direitos coletivos. LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 57.

¹⁵¹ ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Processo coletivo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 26.

¹⁵² Assim é o inciso do artigo 5º da Constituição Federal: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

¹⁵³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

¹⁵⁴ Artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal: o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

O segundo movimento reformista da legislação processual civil iniciou-se no ano de 1994, a partir de uma série de legislações alterando o Código de Processo Civil nos mais diversos temas. Oportuno mencionar que apenas vinte e um anos após o início da vigência do Código de 1973 fizeram-se necessárias tais mudanças, que não estão distantes apenas pelas duas décadas que as separam, mas também pela promulgação, nesse interim, da Constituição Federal, que inovou em matéria de direitos sociais.

Assim, os anseios sociais e as necessidades da época já estavam constitucionalmente assegurados, faltava uma legislação processual que aderisse a eles.

Afinal, tutelar novos direitos sem criar mecanismos que viabilizem sua efetivação é o mesmo que não tutelá-los.

Nessa esteira vieram as alterações que se iniciaram em 1994 e que culminaram, decorridas mais duas décadas, na elaboração do novo Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016. O legislador vem tentando, vezes com êxito, outras sem, adequar o instrumento do processo civil aos novos anseios da sociedade. Tangente ao Novo Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, apenas o tempo revelará seus acertos e seus erros.

Das alterações iniciadas a partir de 1994, se destacam as Leis 8.950/94, que iniciaram o movimento reformista e alteraram parte do sistema recursal; 8.951/94, sobre os procedimentos especiais de usucapião e consignação em pagamento; 8.952/94, sobre processo de conhecimento e processo cautelar; 8.953/94, que alterou dispositivos do processo de execução; 9.139/95, que reformulou o recurso de agravo em face de decisões interlocutórias e a Lei 9.079/95, regrido a ação monitória.

Mais recentemente há as alterações referentes ao processo de execução, consolidadas pelas Leis 10.444 de 2002 e 11.232 de 2005, que promoveram substanciais alterações no tocante às matérias, especialmente com relação à efetividade das tutelas específicas, regradas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973, que serão oportunamente tratados, pois diretamente relacionados ao objeto de estudo nos próximos itens, quais sejam, os mecanismos disponíveis no sistema processual que

possibilitem ao juiz atuar em favor da efetividade das decisões nos processos coletivos.¹⁵⁵

Com relação ao movimento reformista da legislação processual civil, Teori Albino Zavascki destaca:

À medida que os novos instrumentos vão sendo experimentados na prática e que os valores por eles perseguidos vão ganhando espaço na consciência e na cultura dos juristas, fica perceptível a amplitude e o grau de profundidade das mudanças que o ciclo reformador dos últimos anos produziu no processo civil brasileiro. Não mudou apenas o Código de Processo: mudou o sistema processual. A estrutura original do Código de Processo de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil.¹⁵⁶

Assim, verifica-se que os holofotes começam a focar os direitos das coletividades.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, referiram que o processo civil vivia uma revolução, onde os direitos coletivos eram objeto de discussão e a reforma do sistema tradicional seria consequência.¹⁵⁷ É o que Cappelletti e Garth referiram ser um “movimento mundial”¹⁵⁸ em direção ao que Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard, definiu como *public law litigation*.¹⁵⁹

Os estudos de Abram Chayes sinalizam o crescimento do litígio público, e as *class action* são uma forma de sua expressão:

Professor Chayes preliminary conclusion is that the involvement of the court and judge in public law litigation is workable, and indeed inevitable if justice is to be done in an increasingly regulated society. Because of its regulatory base, public law litigation will often, at least as a practical matter, affect the interests of many people. Much significant public law litigation is therefore carried out through the

¹⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 18-19.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 2014. p. 20.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1988. -50. p. 49 – 51.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 1988. p. 49 – 51.

¹⁵⁹ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976. p. 1281.

class action mechanism, discussed at length in *Development in the law (...)*.¹⁶⁰

Esses litígios de “direito público” vinculam-se a assuntos relevantes de política pública que envolvem grupos de pessoas.¹⁶¹ Concluem Cappelletti e Garth que “as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos”.¹⁶²

E acrescentam que “a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos”, como a citação e o direito de ser ouvido, por exemplo, visto que “nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo”.¹⁶³

E concluem, na linha a que se filia este trabalho, que “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva”.¹⁶⁴

Na realidade brasileira, em decorrência da primeira fase de reformas, concebem-se hoje três grupos de tutela jurisdicional: (a) mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos entre (a.1) destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, como o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, ou seja, aqueles direitos pertencentes a

¹⁶⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in **public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976. p. 1281.

¹⁶¹ Na mesma linha, referem Zaneti e Didier que “Os processos coletivos servem à ‘litigação’ de interesse público; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvem, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas clássicas (não os dos habituais polos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses “minoritários”, mas sim interesses e direitos “marginalizados”, já que muitas vezes estes estão representados em numero infinitamente superior aos interesses ditos “majoritários” na sociedade, embora não tenham voz, nem vez”. ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. Processo coletivo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 33.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 50.

¹⁶³ *Ibid.*, 1988. p. 50.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 1988. p. 51.

grupos ou a classe de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, como a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.¹⁶⁵

Desta evolução percebe-se, nitidamente, a abertura do sistema processual civil às novas relações, cada vez mais coletivizadas. Nas palavras de Teori Zavascki:

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.¹⁶⁶

E acrescenta Zavascki:

Mas sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda 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.¹⁶⁷

Nesse sentido é a proposta do trabalho tangente às medias estruturantes, já concebidas no direito norte-americano como uma forma de conferir efetividade às decisões que impliquem no enfrentamento das burocracias estatais a fim de alterar uma realidade existente.

Tais medidas são aqui concebidas como uma alternativa às insuficiências das tutelas jurisdicionais, mais especificamente, às tutelas coletivas de direito.

Se restringirá o presente estudo aos direitos ditos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classe de pessoas indeterminadas.

¹⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 2014. p. 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 2014. p. 21.

O reconhecimento de direitos coletivos com as consequências para o processo, como a legitimação coletiva, é fruto da profunda evolução de uma estrutura social que se iniciou, sobretudo, a partir do fenômeno do liberalismo individualista.

A Lei da Ação Civil Pública, mais do que disciplinar um novo procedimento, inaugura o que pode ser considerado um subsistema do processo voltado para uma espécie de direitos materiais, a dos direitos transindividuais.

O artigo 81¹⁶⁸ do Código de Proteção e Defesa do Consumidor diferencia três categorias de direitos que podem ser defendidos coletivamente: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O presente estudo se destina apenas às tutelas de direitos transindividuais, ou seja, aqueles que estão, exclusivamente, no âmbito jurídico de uma coletividade, não de uma pessoa ou pessoas determinadas.

A presença de tal dispositivo na legislação consumerista não é coincidência.

A evolução ideológica que culminou nas reformas da legislação processual civil ocorreu na esteira do desenvolvimento econômico impulsionado a partir de alguns fenômenos, como a intensificação das relações comerciais e econômicas, a globalização, a produção de bens de consumo e a intensificação do acesso aos mercados, dentre outras. Daí resulta a necessidade de regulação dessas relações entre consumidores, que são as demandas que mais sobrecarregam o judiciário brasileiro.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁶⁹ Sobre a regulação das relações de consumo no sistema jurídico brasileiro PASQUALOTTO, Adalberto. **Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor.**

O presente estudo, restrito às tutelas coletivas, se restringirá ao constante dos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas características são a transindividualidade, a indivisibilidade, assim como a titularidade de uma coletividade.

Teori Zavascki ressalta a importância de se diferenciar direito coletivo de defesa coletiva de direitos, sobretudo após o advento da legislação consumerista. Refere que não raras vezes o constante do inciso III do parágrafo único – direitos individuais homogêneos – é confundido com direitos coletivos e difusos, quando, na verdade, são direitos individuais, cuja tutela, em razão da homogeneidade, resulta da existência de outros titulares de direito igual, podendo se dar de forma coletiva.¹⁷⁰

Os direitos coletivos, por sua vez, são direitos subjetivamente transindividuais, sem titular individualmente determinado e materialmente indivisíveis. Direito coletivo se refere, de forma genérica, às duas formas referidas de direitos transindividuais: os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*.¹⁷¹

A tutela dos direitos transindividuais se dá, principalmente, pelo que a Lei 7.347 de 1985 denominou ação civil pública.

Dotada de procedimento especial, é regrada por um conjunto de mecanismos com o objetivo de aparelhar demandas cautelares, preventivas e reparatórias de direitos difusos e coletivos.

Tangente às medidas estruturantes, trabalhada neste estudo como forma de efetivação - cumprimento de sentença - interessam as tutelas reparatórias.

A leitura isolada do artigo primeiro da lei 7.347/85 pode transparecer que tal procedimento especial tem finalidade apenas reparatória. No entanto, a leitura conjunta do artigo terceiro demonstra a faceta prestacional da ação

Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF Livre/09 artigo_04.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf)>
Consultado em 28 fev. 2016.

¹⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32 - 33.

¹⁷¹ “Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade”. *Ibid.*, 2014. p. 33 - 34.

civil pública, prevendo tutelas que imponham fazer e não fazer. A tutela cautelar também é prevista nesta legislação.¹⁷²

Ainda, depreende-se da análise da referida lei que esta foi concebida para conferir tutela integral a direitos transindividuais, prevendo medidas preventivas e reparatórias, além dos mecanismos de coerção que contempla.

Subsidiariamente, no que não regular especificamente a lei da ação civil pública, aplica-se o Código de processo Civil, com toda a sua riqueza de técnica, destacando-se, por relevantes, os que dizem com antecipação de tutela, prevista no artigo 273 do código de 1973 – 300 do NCPC de 2015 -, e o artigo 461 - 536 do NCPC de 2015 -, que regra as providências para a efetivação da tutela específica, reprodução do artigo 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que serão oportunamente aprofundados.¹⁷³

A soma de tudo consolida esse amplo instrumento de tutela de direitos coletivos.

José Carlos Barbosa Moreira referiu que “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente “não é a carência de meios processuais que responde” por isso. E acrescenta que “não há de se esperar que leis e pleitos judiciais sejam capazes de encaminhar à solução cabal problemas tão vultosos e complexos”.¹⁷⁴

Encontra-se também na doutrina estrangeira referência ao sistema brasileiro de processos coletivos. Ricardo Lorenzetti explicita que o

¹⁷² Teori esclarece que, “apesar de denominada cautelar, a ação destinada a evitar dano a direito material é vocacionada a obter tutela proventiva. Não se trata, portanto, de tutela cautelar (=provisória, formada à base de juízo de verossimilhança, para conferir garantia à utilidade do processo, sujeita à modificação ou revogação), mas de tutela definitiva (embora preventiva) do próprio direito material (= tutela formada à base de cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

¹⁷³ *Ibid.*, 2014. p. 57.

¹⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: Milaré, Édís (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85** – 15 anos, p. 346.

“desarrollo de las acciones colectivas en Brasil es muy avanzado y constituye un ejemplo en el Derecho Comparado”.¹⁷⁵

Enfim, ainda que o sistema de tutelas coletivas brasileiro seja rico, assim como o processo civil seja munido de recursos com o objetivo de aparelhar o magistrado para a concretização do direito material, alguns desafios institucionais e burocráticos ainda são um empecilho.

3.2 PODERES DO JUIZ: A EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado liberal clássico, concebido com a finalidade precípua de outorgar a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada.¹⁷⁶ O objetivo desta forma de Estado era dar tratamento igualitário às pessoas, ainda que apenas em sentido formal. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, e deveria ser ao mesmo tempo “clarividente e cega”. Esse tratamento garantia à liberdade dos indivíduos frente ao Estado.¹⁷⁷

O modelo surgido a partir do Estado liberal influenciava a atuação do Estado julgador, pois parte daquele, cujo poder interpretativo era limitado, sob pena de esvaziamento do trabalho elaborado pelo legislador.¹⁷⁸

Da obra de Montesquieu, verifica-se que a ideia de liberdade política era corolário de certeza do direito. A liberdade política, manifestada na

¹⁷⁵ E acrescenta que “Existe una enorme cantidad de decisiones y comentarios jurídicos de gran solidez, razón por la cual haremos un breve resumen, remitiendo a esos trabajos para ampliar”. LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 55-56.

¹⁷⁶ TARELLO, Giovanni. **Storia dela cultura giuridica moderna**. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976. p. 279.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

¹⁷⁸ Hermes Zaneti Junior trabalha em sua tese de Doutorado, intitulada A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional, apresentada em 2005 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a temática dos poderes do juiz nos diversos modelos de Estado (liberal, social e participativo). p. 182 – 186.

segurança psicológica do indivíduo, residia na certeza de que o Estado, agindo como julgador, afirmaria apenas o que está contido nas leis.¹⁷⁹

Montesquieu afirmou que o julgamento deveria ser um “texto exato da lei”. Se diferente fosse, configuraria em “uma opinião particular do juiz”, o que, para o filósofo e jurista, ocasionaria um sentimento de insegurança jurídica.¹⁸⁰

Em suma, o ideário que marcou o liberalismo era de que se os limites da lei fossem ultrapassados pelo juiz no exercício do julgamento, viver-se-ia em uma sociedade de incertezas.

No entanto, dá análise histórico-evolutiva do Estado de Direito se observa a revalorização da força normativa da Constituição. O surgimento do Estado Democrático de Direito ensejou a necessária transformação da forma de atuação do juiz a partir do século XX.

A metamorfose pelo qual vem passando a atuação do juiz ocorre paralelamente aos fatores culturais de cada período histórico. Aquele magistrado detentor de cargo de confiança, indicado e submetido ao poder executivo, foi substituído por um agente do Estado, independente e comprometido com a Constituição.¹⁸¹

Naquela fase, o juiz dispunha de certa liberdade de escolha na definição da norma a ser aplicada ao caso concreto, de maneira que podia extraí-la tanto das regras produzidas por outros julgadores, quanto do costume, ou, ainda, podia resolver a controvérsia a partir de um critério de equidade, deduzindo a regra da própria situação concreta conflituosa. Não estava o julgador, portanto, vinculado exclusivamente às normas editadas pelo Estado.¹⁸²

Já na Idade Moderna, em decorrência do fortalecimento dos Estados nacionais, iniciou-se uma fase de centralização política e, nessa esteira, de transformação na forma de atuação do juiz, que passou a exercer um papel de verdadeiro funcionário do Estado. A redução do pluralismo de fontes do direito é consequência dessa transformação, assim como a supervalorização

¹⁷⁹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril cultural, 1973. p. 158 - 160.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 1973. p. 158 - 160.

¹⁸¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

das normas emanadas pelo Estado, as quais o juiz era totalmente subordinado. O Estado se torna, deste modo, o único criador do direito.^{183 184}

Sérgio Gilberto Porto pondera que o positivismo jurídico, assim como qualquer outro paradigma do fenômeno jurídico, apresenta virtudes e imperfeições. Ou seja, se por um lado o positivismo, de onde decorria o extremo apego à lei escrita, colaborou para a sistematização do Direito, por outro, na medida em que considerava a lei como sua única fonte, ignorava algo essencial ao mundo jurídico: os fatos e os valores.¹⁸⁵

No entanto, as deficiências desta forma de atuação jurisdicional logo se evidenciaram. Ao passo em que foi sendo verificada a insuficiência do paradigma positivista do Direito, foram surgindo novas formas de pensá-lo, e assim, de aprimorar a prestação jurisdicional.

Embora os códigos elaborados sob a égide do positivismo jurídico pretendessem atribuir completude à lei, passou-se a reconhecer, a partir do século XX, que não bastava conceber os juízes como meros prolores mecanicistas da lei preexistente.

Assim, comece-se a se reconhecer que a atividade dos julgadores deveria ir além da mera aplicação.

Neste contexto se inicia o abandono da figura dos juízes enquanto meros prolores das leis, assumindo a função de seu interprete, chegando, inclusive, em determinados casos, a exercer a função legislativa, uma vez que criavam o Direito ao interpretar a lei à luz do caso concreto.

A decisão jurisdicional passa a ser de vontade própria e o desafio do juiz, a partir daí, passa a ser a implementação da lei. Para tanto, cabe ao

¹⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

¹⁸⁴ O positivismo jurídico surge neste cenário justamente para fortalecer ainda mais a ideia do monopólio estatal do Direito. Este novo paradigma é marcado pela concepção do direito como um sistema fechado, detentor de todas as respostas necessárias à regulação da vida em sociedade. PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 2009, p. 17.

magistrado interpretar o seu significado segundo o espírito do Direito, e acima de tudo, dos princípios e valores constitucionais.¹⁸⁶

Consciente da própria limitação do sistema jurídico, Mauro Cappelletti observa que, inevitavelmente, existirá sempre um certo grau de discricionariedade e de criatividade por parte do intérprete ao implementar a lei diante do caso concreto. Esta criatividade é própria de todo o ato interpretativo tenha ele como objeto de interpretação o Direito ou qualquer outro produto da civilização humana.¹⁸⁷

No entanto, não se pode confundir esta criatividade judicial na interpretação e aplicação da lei com arbitrariedade. Ou seja, embora no modelo jurídico contemporâneo o juiz seja criador do direito, deve ele respeitar as limitações materiais e processuais em sua atuação.¹⁸⁸

Sob esta perspectiva do fenômeno jurídico contemporâneo, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a ferramenta dos princípios jurídicos possibilita que o Direito esteja sempre aberto à renovação e aprimoramento. A aplicação de princípios pelo operador abrange um constante processo de reconstrução da ordem jurídica, sempre protagonizada pelo Poder Judiciário, visto que é a jurisprudência a responsável, em grande parte, pela própria compreensão do conteúdo e significado jurídico desses princípios.¹⁸⁹

Destarte, por mais detalhada e específica que fosse a lei, não se pode negar a existência de uma margem a ser integrada pela prestação jurisdicional diante da situação concreta, com suas particularidades.

Diante deste panorama constitucional contemporâneo, não teria como se admitir uma atuação jurisdicional que não fosse voltada a realizar ao máximo, dentro do fático e juridicamente possível, os direitos fundamentais, pena esvaziamento do próprio conteúdo constitucional.

¹⁸⁶ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506-507.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 22.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 1999 p. 24.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 298.

Para atender a esta missão, o poder jurisdicional passa a resolver novos e complexos conflitos a partir de uma interpretação do Direito que adira aos preceitos constitucionais.¹⁹⁰

É justamente lastreado nesta concepção de interpretação do Direito a luz da Constituição e, portanto, conforme os direitos fundamentais aplicáveis ao processo nela consagrados, que se proporrá uma alternativa ao problema da ineficácia das sentenças em tutelas coletivas complexas.

Nelson Ney Júnior destaca que “o intérprete deve buscar a aplicação do Direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema”.¹⁹¹

Como decorrência da constitucionalização do direito processual civil, ou seja, como consequência da incorporação no texto constitucional de um catálogo de princípios e de direitos fundamentais aplicáveis ao processo, surge a necessidade de proteger e realizar na maior escala possível o conteúdo essencial destes direitos. Para tanto, leciona Sérgio Gilberto Porto¹⁹², que aos intérpretes e operadores do direito incumbe considerar a ordem jurídica como um sistema uniforme e coerente a fim de viabilizar a identificação da solução mais adequada ao caso concreto.

A partir dessa recepção constitucional do conteúdo processual, os princípios funcionam como pontos de apoio aos julgadores no exercício de sua tarefa interpretativa, servindo, deste modo, como parâmetro de aferição da razoabilidade e coerência das soluções alcançadas tanto na seara doutrinária, quanto jurisprudencial.

Decorrência disto, é que os princípios constitucionais aplicáveis ao processo viabilizam a revitalização do ordenamento processual,

¹⁹⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

¹⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

¹⁹² PORTO, *op. cit.*, p. 22-23.

possibilitando que as suas normas absorvam as transformações culturais e, desta feita, sejam examinadas à luz da unidade constitucional.¹⁹³

Diante deste panorama, para aqueles casos complexos enfrentados pelo Poder Judiciário em que existam barreiras burocráticas e institucionais à consecução da efetiva tutela jurisdicional¹⁹⁴, tal como em diversos casos envolvendo interesses e direitos coletivos, a legislação processual civil, sob a égide da Constituição, aparelha o magistrado com mecanismos processuais aptos a efetivação do direito perseguido.

A efetividade da tutela é, portanto, diretamente vinculada ao resultado do processo. Neste sentido, consiste na necessidade de o resultado do processo corresponder o máximo possível ao direito material que se busca obter ou ver protegido, propiciando às partes, sempre que possível, a tutela específica, ou então, a tutela pelo resultado prático equivalente, e apenas quando estas não forem possíveis, a tutela pelo equivalente monetário.

A efetividade da proteção jurisdicional repousa na especificidade e na tempestividade da tutela. Ou seja, o resultado do processo deve ser o mais próximo possível do direito material postulado, além de prestado em tempo hábil a cumprir o seu fim.

A tutela jurisdicional adequada, por sua vez, consiste na ideia de que o processo deve ser apto a promover a realização do direito material, ou ainda, em outras palavras, o meio deve ser adequado à realização do fim. Via de consequência, a adequação da tutela implica a necessidade de analisar o direito material em litígio, e com base nesta análise, estruturar o

¹⁹³ PORTO, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁴ A previsão constitucional da prestação de tutela efetiva e adequada, por si só, confere certa liberdade ao magistrado frente às dificuldades porventura enfrentadas. O presente estudo filia-se ao entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero de que, ao proibir a autotutela e afirmar no art. 5º, XXXV que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a Constituição pátria admite a existência de um direito-garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. MARINONINI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 711.

processo com técnicas processuais idôneas à situação de direito substancial posta em juízo.¹⁹⁵

Nesta linha, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o direito-garantia, fundamental à proteção jurisdicional adequada, determina que o legislador estruture o processo mediante a previsão:

[...] (i) de procedimentos com nível cognição apropriado à tutela do direito pretendida, (ii) de distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com possibilidade de dinamização e inversão; (iii) de técnicas antecipatórias idôneas a distribuir isonomicamente o ônus do tempo no processo, seja em face da urgência, seja em face da evidência; (iv) de formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca; (v) de técnicas executivas idôneas; e (vi) de técnicas para valoração probatória pertinentes à natureza do direito material debatido em juízo. Contudo, assim como é dever do legislador estruturar o processo com todas estas técnicas a partir da necessidade de adequação da tutela jurisdicional, é dever do juiz adaptá-lo concretamente, com base na lei, a fim promover a tutela adequada dos direitos.¹⁹⁶

Como bem resume Daniel Mitidiero, o direito fundamental à tutela jurisdicional consiste no reconhecimento do direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Adequada no sentido de atender às necessidades e peculiaridades evidenciadas pelo direito material, e efetiva no sentido de que seja apta a realizá-lo específica e concretamente em tempo hábil.¹⁹⁷

Dada a relevância deste tema para o enfrentamento dos mecanismos conferidos ao Poder Judiciário para conferir eficácia às suas decisões, centro deste estudo, será abordado em tópico próprio adiante.

Em síntese, como consequência inafastável deste novo paradigma constitucional do fenômeno jurídico contemporâneo, o processo civil passa a ser examinado por seu intérprete sob o enfoque de sua conformidade com a Constituição Federal.

Neste cenário, portanto, o operador do direito tem como pressuposto teórico o postulado constitucional de que toda a elaboração, interpretação e aplicação da legislação processual ordinária, devem observar os princípios e

¹⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Processo e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92.

¹⁹⁶ MARINONINI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 714-715.

¹⁹⁷ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 92.

valores consagrados na norma fundamental, mirando a efetivação das decisões.

3.2.1 Poderes do Juiz na Legislação Processual Civil Brasileira

Tanto o sistema processual civil que regrou as últimas décadas - CPC de 1973, quanto e regulamentará as próximas - NCPC de 2015 -, trazem regras que conferem ao julgador o poder de conceder a tutela e de determinar as medidas executórias necessárias à efetividade das decisões.

Luiz Guilherme Marinoni, em obra voltada ao estudo das tutelas de direitos, esclarece que a legislação processual civil transferiu ao julgador os meios para tornar efetiva a decisão, ante a impossibilidade de prever todas as particularidades que cada caso possa exigir.¹⁹⁸

E acrescenta o que merece destaque:

Note-se, contudo, que essas previsões legais são apenas indicativas de que o juiz não pode deixar de ter poder para aplicar a técnica processual adequada, pois, se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁹⁹

Tome-se como exemplo o recente caso do rompimento da barragem da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, em 05 de novembro de 2015. Os impactos ambientais causados ao ecossistema da região são imensuráveis. As consequências sociais da tragédia, da mesma forma, especialmente quanto ao reestabelecimento das vidas das pessoas que habitavam a área.

Trata-se de caso cuja dimensão, certamente, o coloca em situação de excepcionalidade, o que demandará uma atuação extraordinária do poder judiciário de forma a amenizar os impactos da tragédia.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 186.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 186.

Caso como o tal, obviamente, exige dos magistrados competentes²⁰⁰ a adoção de medidas que imponham e obriguem os responsáveis a tomar providências, medidas estas que serão bem distintas das comumente vistas na praxe forense.

Desta forma, os poderes conferidos ao juiz pelo legislador para darem efetividade às suas decisões serão aplicados tanto nos casos rotineiros, e que exijam providências comuns na prática forense, como a busca e apreensão de um veículo em débito com seu financiamento, por exemplo, como também permitirão ao juiz determinar uma série de medidas reparatórias, preventivas e indenizatórias em um caso de magnitude como o da tragédia ambiental narrada.

Por oportuno ao tema, arrisca-se referir que caso como este seria digno de uma decisão estruturante, o que será oportunamente tratado com mais profundidade.

No sistema processual civil brasileiro, as regras que conferem ao juiz o poder de conceder a tutela antecipada no processo de conhecimento, e de determinar as chamadas medidas executivas necessárias, além de indicarem que a tipificação legal não é a melhor solução para a prestação jurisdicional, deixam claro o seu dever de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional diante do caso concreto.²⁰¹

O legislador, a partir do direito fundamental à tutela efetiva, concede ao magistrado poder para determinar a modalidade executiva que julgar necessária ao caso concreto, o que pode variar em grau de dificuldade de acordo com o caso levado ao Poder Judiciário, conforme já referido.

Assim, necessário destacar duas normas processuais que concedem ao juiz os instrumentos necessários para a prestação da tutela jurisdicional: artigos 461 do Código e Processo Civil de 1973 (Art. 536 do Novo Código de

²⁰⁰ O caso suscita conflito de competência, na medida em que há medidas sendo tomadas tanto pela justiça estadual quanto pela federal. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,disputa-entre-juizes-pode-levar-reparacao-da-samarco-ao-stj,10000002765>>. Acesso em: 01 de março de 2016.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 185.

Processo Civil²⁰²) e o artigo 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em que pese a identidade aparente de tais normas, suas funções são distintas. O artigo 84 da legislação consumerista foi concebido para atender às relações do consumo e quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mas sua presença no CDC não significa que apenas às relações de consumo serão aplicadas. Conforme já referido, o CDC e a Lei da ação civil pública formam um microsistema para a tutela de direitos difusos e coletivos, e os institutos compatíveis entre si se aplicam a ambas.²⁰³

Essa conexão entre o CDC, a Lei da ação civil pública, dentre outras que tutelam direitos coletivos, formam o microsistema que o Ministro Luiz Fux assim definiu:

A lei da improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...).²⁰⁴

Ainda que o artigo 84 do CDC também tenha sido pensado para dar tutela aos direitos individuais do consumidor, o posterior surgimento do artigo

²⁰² Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no [art. 846, §§ 1º a 4º](#), se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o [art. 525](#), no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 226.

²⁰⁴ STJ – RESP N° 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173.

461 do CPC (536 do NCPC) por ser capaz de dar tutela a qualquer espécie de direito individual, tornou-se desnecessária a invocação do artigo 84 do CDC para tutela dos direitos individuais do consumidor. Ou, se a lembrança dessa norma ainda pode ser feita quando em jogo direitos individuais do consumidor, isso se deve à necessidade de relacionar as normas de direito material de proteção do consumidor com uma norma de caráter processual para ele especificamente criada.²⁰⁵

De qualquer forma, se há no sistema de proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos uma norma (artigo 84 do CDC) que serve para a prestação das tutelas inibitória e de remoção de ilícito (entre outras tutelas), tal norma deve ser apontada como a base da ação coletiva, deixando-se o artigo 461 do CPC como sustentáculo para as ações individuais.²⁰⁶

Tanto o artigo 84 do CDC quanto o artigo 461 do CPC – 536 do NCPC – abrem oportunidade para o juiz ordenar, sob pena de multa, ou decretar medida de execução direta (por exemplo, a busca e apreensão), no curso do procedimento ou na sentença. Portanto, ainda que a tutela inibitória não tenha que se ligar necessariamente à ordem, sob pena de multa, e a tutela de remoção do ilícito possa não se contentar apenas com medidas de execução direta, uma vez que ambas podem, consideradas as peculiaridades da situação concreta, exigir um ou outro desses mecanismos executivos, o certo é que tais normas possuem instrumentos adequados à prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito aos direitos coletivos e individuais. Assim, exemplifica Marinoni que no caso de concorrência desleal, deverá ser invocado o artigo 461 do CPC, enquanto que na hipótese de direito ao meio ambiente, o artigo 84 do CDC.²⁰⁷

Já foi referido que o legislador não tem capacidade de prever as técnicas processuais compatíveis com as particularidades de cada caso, sobretudo porque as necessidades das pessoas estão em constante mutação. Inobstante, deve instituir procedimentos aptos a permitir a tutela

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 227.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 227.

efetiva aos cidadãos, que detém o direito de participar da reivindicação de seus direitos.²⁰⁸

O legislador, percebendo que um procedimento em abstrato não poderia servir à gama de conflitos, estabeleceu regras conferindo um maior poder ao juiz, permitindo a ele adequar o processo às particularidades do caso concreto levado à juízo.²⁰⁹

Exemplo disso se encontra nos artigos 84 do CDC e 461 do CPC – 536 do NCPC. Tais artigos, voltados à imposição de um fazer ou não fazer, permitem que o juiz conceda a tutela específica, ou determine providências que assegurem resultado prático equivalente.

Além disso, conferem ao juiz o poder de, segundo as particularidades do caso concreto, ordenar sob pena de multa (parag 4º) ou decretar medida de execução direta (exemplificadas no parag 5º), tanto no curso do processo (3º) quanto na sentença (4º). Ainda, pode o juiz, na fase de execução, aumentar ou diminuir o valor da multa, ou até mesmo alterar a modalidade executiva prevista na sentença.²¹⁰

Isso decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se destina não apenas ao legislador, obrigando-o a editar o procedimento judicial adequado, mas também ao juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto. No caso da outorga de uma maior esfera de poder para a utilização da técnica processual adequada à situação de conflito concreta, o juiz tem o dever de buscar a efetividade da tutela jurisdicional à luz da regra da proporcionalidade.²¹¹

O aumento do poder do juiz, necessário para a adequação do procedimento aos diversos casos concretos, retira do jurisdicionado a prévia ciência dos limites do processo jurisdicional, e assim, exige um controle do exercício do poder judicial no caso concreto. Esse controle impõe a observância da regra da proporcionalidade e requer, especialmente,

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227 – 228.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 228.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 228.

²¹¹ *Ibid.*, p. 228.

justificação capaz de convencer que a técnica processual foi utilizada de maneira justa e racional.²¹²

Gulherme Marinoni, em artigo sobre as novas sentenças e a correspondência dos poderes do juiz para a sua efetivação, ressalta que os estudos pecam ao atentarem mais para questões de terminologia, do que conceitos e classificação. Concebe “conceito” como uma realidade jurídica, enquanto que “definição” é uma descrição. “Conceitos”, sustenta Marinoni, se formam a partir da influência de valores da sociedade da época em que são criados.²¹³

É isso, defende ele, que tem ocorrido com a sentença condenatória. Inobstante a necessidade de novas formas de sentenças que respondam aos anseios sociais, parte da doutrina ainda a considera condenatória, como se essa classificação se sobrepusesse à realidade que a decisão exige.²¹⁴ Assim refere:

As classificações não devem ser pensadas como verdadeiras ou falsas, como supõem alguns. É que as classificações não se destinam a conceituar ou descrever realidades, mas somente agrupá-las. O valor da classificação depende de sua utilidade ao agrupar os fenômenos que tem certas particularidades. Ele tanto será melhor quanto maior for sua capacidade de tornar os fenômenos compreensíveis, sem que cada um deles perca identidade e sua própria consequência prática.²¹⁵

E acrescenta:

Ao se pensar em classificação há que se tomar em conta os conceitos classificados. Porém, os conceitos que podem explicar uma classificação são aqueles que levaram a sua formação, e não outros. Portanto, do mesmo modo que a sociedade e o Estado se alteram, e isso implica no surgimento de novos conceitos, as classificações também devem se modificar.²¹⁶

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 228.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 03 de março de 2016. p. 1.

²¹⁴ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 2.

²¹⁵ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 2.

²¹⁶ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 2.

Destarte, as classificações devem acompanhar a evolução dos fenômenos.

É de se questionar, portanto, a razão para a insistência na pseudo-manutenção do conceito de condenação e da classificação clássica das sentenças, elaborados a partir do impacto de outros valores. Isso somente pode ser explicado a partir de um entendimento totalmente equivocado a respeito da função das classificações.²¹⁷

Não poderia existir uma nova forma de classificação, denominada sentença estruturante? Uma decisão que traçaria o plano a ser desenvolvido ao longo de uma execução complexa?

Não é porque uma classificação há várias décadas atrás constituía uma forma adequada para explicar as várias sentenças, que, hoje, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas sentenças e os valores nela impregnados. Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada - e apenas nessa perspectiva deve ser analisada -, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e esses, por consequência absolutamente lógica, devem dar origem a uma nova classificação.²¹⁸

A não ser que se acredite que os novos fenômenos jurídicos é que têm que se adaptar às classificações, e não o contrário. Portanto, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Nesta esteira, concluí Marinoni que são as novas realidades que devem constituir novos conceitos, e não estes conceitos que devem sujeitar as novas realidades aos seus moldes.²¹⁹

Considerando os arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, cabe considerar a multa e as medidas executivas que, sem a ação de execução, podem viabilizar a realização do direito, independentemente da vontade do demandado e, aquelas que, objetivando a tutela do direito, exercem pressão sobre a vontade do réu.²²⁰

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 03 de março de 2016. p. 3.

²¹⁸ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 3.

²¹⁹ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 4.

²²⁰ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 11.

A multa limita-se a forçar o réu a adimplir, mas não garante a realização do direito, independentemente da sua vontade. A sanção, própria às sentenças condenatórias e executivas, viabiliza a realização do direito independentemente da vontade do réu e por força da própria execução, enquanto que a multa se limita a atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir.

Marinoni esclarece que:

Eliminou-se, assim, a ideia de que a multa somente poderia atuar nos locais em que as medidas de execução direta não fossem efetivas. Note-se que a nova redação do art. 287 fez questão de evidenciar que a multa pode ser usada em relação às obrigações de fazer fungíveis e o art. 461A, seguindo as linhas do art. 461 - que desde 1994 admite a imposição da multa, no próprio processo de conhecimento, em relação a obrigações de não fazer e de fazer de qualquer natureza -, instituiu a possibilidade do uso da multa para compelir o réu a entregar coisa.²²¹

Por fim, pode se concluir que a possibilidade de imposição de multa pelo julgador no ato decisório implicou na mitigação de ideia de que o Poder Judiciário não exerce poder de *imperium*.²²²

Não fosse a existência desse recurso da multa, aqueles direitos que exigem uma obrigação de fazer ou não-fazer, mesmo aqueles que poderiam recorrer à execução direta, mas que melhor se adaptam a coerção, seriam entregues às relações de força.²²³

3.2.2 Tutelas Específicas e a Ampliação da Liberdade do Magistrado

Os artigos 84 do CDC e 461 do CPC de 1973 - 536 do NCPC - trabalhados acima permitem ao juiz, na ação que tenha por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, demonstram que pode ele determinar as providências que assegurem o resultado prático

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 03 de março de 2016. p. 4 - 5.

²²² *Ibid.*, acesso em 03 de mar. De 2016. p.5.

²²³ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 5.

equivalente ao do adimplemento. Prevê, ainda, a possibilidade de imposição de multa diária ao réu, independente de pedido do autor, caso julgue suficiente ou compatível com a obrigação.²²⁴

Assim, verifica-se que o ordenamento não só admite que o magistrado, de ofício, fixe multa, tanto em sede de antecipação de tutela quanto por ocasião da sentença, como também lhe permite conceder a tutela específica ao adimplemento da obrigação, determinando as providências que julgar necessárias.²²⁵

Verifica-se destes casos uma exceção ao princípio contido no artigo 460 do CPC de 1973 - 492 do NCCP²²⁶ - ao estabelecer que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

O dispositivo supracitado não só proíbe ao juiz a concessão ao autor de bem da vida ou resultado no plano material diverso do pleiteado, como também que seja proferida decisão de natureza diversa da requerida. No entanto, o permissivo legal de imposição de multa pelo magistrado legitima uma exceção à vedação de proferir sentença de natureza diversa da solicitada.²²⁷

Nesse sentido, indaga Marinoni em sua obra sobre as tutelas específicas dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC de 1973²²⁸, se pode o juiz ordenar um fazer ou não fazer diverso do solicitado pelo autor? E assim conclui:

Se o juiz pode conceder tutela específica da obrigação ou um resultado prático equivalente ao do adimplemento, não ha como

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. Artigos 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

²²⁵ *Ibid.*, p. 95.

²²⁶ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

²²⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 95.

²²⁸ O autor, após elaborada a obra intitulada Tutela Inibitória, percebeu a necessidade de demonstrar em obra específica que os artigos 84 do CDC e 461 do CPC de 1973 abrem oportunidades a uma série de tutelas, sendo a inibitória apenas uma delas. Assim, elaborou a obra sobre as tutelas específicas. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica. Artigos 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

não admitir que o juiz esteja autorizado a ordenar um fazer ou um não fazer diverso do solicitado.²²⁹

E ilustra a partir do exemplo:

Verificando-se que o pedido de cessação das atividades que estão ocasionando a poluição não deve ser deferido, em vista de ter ficado claro na instrução probatória que basta a instalação de um filtro para que a poluição seja obstaculizada, pode o juiz ordenar a instalação do filtro sob pena de multa. No caso inverso, constatando-se que a instalação do filtro, solicitada pelo autor, não é suficiente para conter a poluição, não havendo outra saída senão a cessação das atividades da fábrica, cabe ao juiz assim ordenar.²³⁰

Portanto, conclui-se que o que prelecionam os artigos 84 do CDC e 461 do CPC de 1973 - 536 do NCPC - é permitir ao juiz conceder uma tutela que implique no resultado equivalente ao do adimplemento, da forma mais adequada possível. Deve ser escolhido o meio mais adequado e eficaz, ou seja, aquele que se preste a satisfazer autor e réu.

No exemplo narrado, a instalação do filtro, além de suficiente é, obviamente, menos gravosa ao réu. No caso, o objetivo da ação é cessar um agente poluidor, e este é o limite da demanda que deverá ser respeitado pelo magistrado. A sua liberdade está contida nos meios para efetivar a tutela ou o resultado prático equivalente.

Esta necessidade de se conferir ao julgador maior poder para tornar efetiva a tutela dos direitos reflete duas realidades imanentes: a quebra do princípio da tipicidade das formas executivas; a superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.²³¹

Esclarece Marinoni:

A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação e entre conhecimento e execução, foi estabelecida a

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica. Artigos 461, CPC e 84, CDC.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

²³⁰ *Ibid.*, p. 97.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 03 de março de 2016. p. 17.

partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é a de evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade.²³²

O art. 460, reflexo do ideário de segurança jurídica, afirma que a sentença deve se limitar ao pedido nos sentidos imediato e mediato. Ou seja, ao mencionar proibição de sentença de “natureza diversa da pedida” refere-se ao pedido imediato, e ao apontar para vedação de condenação em “quantia superior ou em objeto diverso”, ao pedido mediato. Tal distinção é, nas palavras de Marinoni, “fácil de ser apreendida, pois o pedido mediato reflete o “bem da vida” - a quantia, o objeto - que se procura obter com o acolhimento do pedido imediato, isto é, com a sentença solicitada”.²³³

E acrescenta que “essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos”.²³⁴

Conclui-se que diante das novas realidades e formas de conflitos existentes na atualidade, bem como a égide do Estado Democrático de Direito, essa regra não poderia mais prevalecer nem se sobrepôr ao princípio da efetividade das decisões. Enfim, o juiz não representa uma ameaça, mas um agente do Estado, cujo objetivo é zelar pelo bem social.²³⁵

3.2.3 Será o Poder Judiciário um Novo Legislador? Ponderações Sobre o Fenômeno do Ativismo Judicial

Mauro Cappelletti atribui à revolução industrial o surgimento do fenômeno denominado “massificação”. A intensificação das relações comerciais e econômicas trouxe profundas consequências sociais e

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional**. Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>.

Acesso em 03 de março de 2016. p. 17 - 18.

²³³ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 18.

²³⁴ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 18.

²³⁵ *Ibid.*, acesso em 03 de março de 2016. p. 18.

culturais, como o surgimento dos conglomerados urbanos e os problemas que deles decorrem. É característica de todas as sociedades contemporâneas uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa. Tais características ultrapassam o âmbito econômico e geram efeitos nas relações sociais e, por consequência, jurídicas, uma vez que o ordenamento jurídico rege a vida em sociedade.²³⁶

Refere Cappelletti que “Em tempos recentes, pessoas envolvidas em ditos conflitos, violações e prejuízos de massa tem procurado descobrir meios eficazes de tutela, não apenas no âmbito do processo político, mas também no do judiciário”.²³⁷

Na condição de relator de seminário realizado em Florença, Itália, sobre o tema “novas perspectivas para um direito comum europeu”, Cappelletti constatou a concordância da maioria dos membros do encontro no sentido de reconhecer que as necessidades das sociedades contemporâneas não estavam sendo suficiente e eficientemente satisfeitas pelos Poderes Legislativos. Sobre o tema, Eugenio Facchini Neto refere que “a sobrecarga da demanda normativa tornava o legislador lento e sem condições de responder com rapidez às necessidades sociais”.²³⁸

Mauro Cappelletti, por sua vez, concluiu que “Deriva disso que um maior ativismo judicial - isto é, a criação ou adaptação do direito por intermédio do juiz - é uma característica comum a todos os países ocidentais”.²³⁹

Portanto, cumpre ao poder judiciário, nesse cenário, o exercício de uma nova faceta de órgão colocado à disposição da sociedade como instituição organizada de solução de conflitos transindividuais, decorrente do

²³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 56 – 57.

²³⁷ *Ibid.*, p. 57.

²³⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 302.

²³⁹ CAPPELLETTI, 1978, p. 16. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 302.

fenômeno do ativismo judicial, que deveria refletir o respeito à Constituição na concretização dos direitos sociais.²⁴⁰

Tangente a esta nova faceta do Poder Judiciário, não se está referindo ao caráter eminentemente público do direito processual civil, enquanto órgão estatal com objetivo de pacificação de conflitos, mas de um papel proativo de defesa do interesse público através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através da tutela de casos envolvendo essa espécie de interesses públicos coletivos.²⁴¹

Em situações de necessidade extrema, o Supremo Tribunal Federal brasileiro permite a implementação de políticas públicas através da intervenção do próprio Poder Judiciário.

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que iniciou esse comprometimento do Poder Judiciário nas temáticas relacionadas à comunidade. Antes, o Judiciário se mantinha inerte, exercendo a justiça retributiva do modelo liberal. Algumas decisões esporádicas em sede de ação popular, intensificado depois com o advento da Lei da ação civil pública, demonstravam uma atividade judiciária proativa no Brasil.²⁴²

Modelos como o das *Class actions* e *public interest litigation*, nos Estados Unidos, *actions collectives* e *verbandssklagen*, na França, Bélgica, Alemanha e outros lugares, refletem o acentuado papel dos tribunais frente essas novas formas de litígios frutos do fenômeno de massificação mencionado. Esse novo cenário forçou e, em muitos países, obteve êxito em rever as estruturas tradicionais do sistema judiciário e processo.²⁴³

A criatividade passa a ser um fator inevitável da função jurisdicional. Existem importantes razões para o acentuado desenvolvimento dessa criatividade na contemporaneidade, que correspondam às características e anseios fundamentais contemporâneos, sejam econômicos, políticos, constitucionais ou sociais.²⁴⁴

²⁴⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Processo coletivo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 37.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 33 – 34.

²⁴² *Ibid.*, p. 34 - 37.

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 57 – 58.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 73.

Mas, conseqüentemente, surge uma indagação que requer resposta: a criatividade judiciária torna o juiz legislador? Assumindo os juizes - constitucionais ou não - papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juizes acabam por invadir o domínio do poder legislativo?²⁴⁵

Para Cappelletti, “os juizes estão constrangidos a serem criadores do direito, ‘law-makers’”.²⁴⁶

E acrescenta, no que segue transcrito, para que se mantenha fiel:

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativos e jurisdicionais. Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “law-making process”. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.²⁴⁷

Cappelletti reconhece que a polêmica de reconhecer o judiciário como legislador é mais terminológica do que substancial. A afirmação de que os tribunais exercem funções do poder legislativo, ou que agem como legisladores, na verdade se refere que os juizes criam direito. E acrescenta que a legislação é um modo de criar o direito, essencialmente diverso do judiciário.²⁴⁸

Demonstra essa afirmação a partir do seguinte raciocínio:

O que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) conexão da sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re* sua, deve assegurar o direito das partes serem

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 73.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 73 - 74.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 73 - 74.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 74.

ouvidas (“fair hearing”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente aquelas provenientes dos “poderes políticos”.²⁴⁹

É o Judiciário, portanto, um poder mais independente que os outros, que estão sujeitos ao jogo de interesses políticos, como o Executivo e Legislativo, que comumente agem de acordo com os interesses políticos e partidários, usando cargos e apoio político no congresso como moeda de troca, relegando os verdadeiros anseios sociais a um segundo plano. Exemplo recente ocorreu na gestão da presidente Dilma, que abriu mão de submeter projetos notadamente relevantes, em matérias que era favorável, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o aborto, em favor do apoio de partidos e bancadas conservadoras. Este caso é uma demonstração de como os direitos são postos atrás dos interesses políticos. O caso acabou no Judiciário, que decidiu em favor da união entre pessoas do mesmo sexo.²⁵⁰

Há que se considerar, portanto, as “virtudes passivas”, ou os “limites processuais”, que marcam as diferenças entre o processo jurisdicional do processo político, sendo aquelas marcadas pela imparcialidade, neutralidade e distanciamento em relação às partes e à causa.²⁵¹

Cappelletti acrescenta que, em sua opinião:

Ninguém veria qualquer degeneração do processo legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 74 – 75.

²⁵⁰ Dilma assinou um compromisso, selou sua aliança com os evangélicos e venceu. Agora, esse mesmo grupo, atuante junto às bancadas evangélicas da Câmara e do Senado, mostra-se disposto a caminhar ao lado da petista, mas quer garantias de que ela não apoiará a flexibilização na legislação sobre o aborto nem dará “privilégios” aos homossexuais. No final do ano passado, a ministra das Relações Institucionais, Ideli Salvatti, orientou os governistas a barrarem o projeto sobre a criminalização da homofobia. Pediu para votar a proposta somente depois das eleições. A razão: temor de prejuízos à campanha de Dilma. “Eleição é correção de rota. É um momento para avaliar ganhos e perdas”, observa Rodovalho, ligado à confederação dos conselhos de pastores evangélicos. Disponível em: <

<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-02-18/grupo-evangelico-exige-garantias-de-dilma-sobre-aborto-e-casamento-gay.html>>. Acesso em 02 de março de 2016.

²⁵¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 82 – 83.

contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito interessado.²⁵²

Há ainda outra objeção à criação jurisprudencial do direito, formulada por muitos estudiosos, que consiste na afirmação de que a criação do direito pelos tribunais é inaceitável porque é antidemocrática, sendo fatal a toda nação que queira preservar seu caráter democrático.²⁵³

Mauro Cappelletti considera que a objeção de alguns pensadores se desenvolve a partir da assertiva de que a independência dos juízes é um risco ao sistema democrático, pois quanto mais independentes, menos obrigados a justificar suas decisões ao povo ou seus representantes. No entanto, sustenta que se dissipou a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria, e que a tradicional liderança legislativa e executiva, considerada responsável por atender os anseios do povo, nunca constituiu um perfeito paradigma de democracia representativa.²⁵⁴

Eugenio Facchini Neto, sobre o Poder Judiciário contemporâneo, sustenta que é dever do estado “manter as regras do jogo para todos, sem ser influenciado pelo poder da maioria, exercendo aí a ideia de a jurisdição ser contramajoritária”.²⁵⁵

Ricardo Lorenzetti tece ponderações sobre os aspectos positivos do ativismo judicial em temas de relevância pública, referindo três vantagens que o marcam.

A primeira vantagem que enxerga no fenômeno do ativismo é o fato dele conferir visibilidade aos problemas coletivos, pois chama a atenção à situação de desatenção ou descumprimento de algum dever por parte do Estado.²⁵⁶ Refere o jurista argentino:

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 76 – 77.

²⁵³ *Ibid.*, p. 92 – 93.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 92 – 94.

²⁵⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 320.

²⁵⁶ E acrescenta que “Existe una enorme cantidad de decisiones y comentarios jurídicos de gran solidez, razón por la cual haremos un breve resumen, remitiendo a esos trabajos para

Èsta es una manera muy relevante de acrecentar el debate democrático y de mejorar el grado de satisfacción de los derechos, porque la visibilidad hace que el sistema político, de uno u outro modo, se ocupe de la cuestión.²⁵⁷

A segunda vantagem sustentada por Lorenzetti é a que obriga as autoridades a tratarem de forma diferenciada os direitos das camadas mais desamparadas, sobretudo em países onde o Poder Judiciário cumpre um papel declarativo dos direitos, mas enfrente dificuldades em concretizá-los. Exemplifica com o caso colombiano dos “desplazados”²⁵⁸, população forçada a abandonar seus lares em razão dos conflitos armados internos existentes no país. Ressalta que existem legislação e programas elaborados para recolocação destes grupos, mas a ineficiência do Estado forçou o Poder Judiciário a enfrentar o problema e indagar a administração sobre a existência de um plano para solucionar o problema e cumprir o que a lei declarava no caso.²⁵⁹

A terceira vantagem trabalhada por Lorenzetti é que o ativismo permite o desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais. Referiu como exemplo o caso norte-americano de segregação racial existente até a década de 1950 e declarado ilegal pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pondo fim a uma tradição de décadas de segregação racial, o que, sem a intervenção judicial, ocorreria mais difícil e tardiamente.²⁶⁰

Assim, conclui Lorenzetti que o ativismo é uma via de canalização das demandas sociais, que pela via das associações ou instituições de representatividade coletiva, direcionam os seus pleitos ao Poder Judiciário, onde o trâmite permitirá um diálogo com a sociedade. Essa forma de democracia participativa evita que os conflitos sociais se agravem.²⁶¹

ampliar”. LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 239 - 240.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 240.

²⁵⁸ *Desplazado* é toda pessoa que foi forçada a migrar dentro do território nacional, abandonando a sua localidade de residência e trabalho em razão de vulnerabilidade ocasionada por conflito armado interno, violência generalizada, violência aos direitos humanos, dentre outras que alterem a ordem e pública. *Ibid.*, p. 193.

²⁵⁹ E acrescenta que “Existe una enorme cantidad de decisiones y comentarios jurídicos de gran solidez, razón por la cual haremos un breve resumen, remitiendo a esos trabajos para ampliar”. *Ibid.*, p. 240.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 240.

²⁶¹ E acrescenta que “Existe una enorme cantidad de decisiones y comentarios jurídicos de gran solidez, razón por la cual haremos un breve resumen, remitiendo a esos trabajos para

Marco Felix Jobim, oportunamente, indagando se se pode considerar o ativismo judicial como algo inerente ao julgador em determinados casos, ou se o fenômeno deve ser rechaçado, trata do que denomina “ativismo judicial equilibrado” pelas medidas estruturantes. Exemplifica narrando o caso julgado em 1898, envolvendo uma jovem que havia roubado um pão. No caso, o juiz, considerando o fato de a moça estar desempregada, e ela e o filho estarem passando fome, decidiu de forma inovadora. Absteve-se de apenas aplicar a lei e condenar a ré, mas, extraindo do texto a norma, e aplicando-a ao caso concreto, decidiu que o ato dela não merecia severa punição. E conclui Jobim que “devem existir momentos nos quais o Poder judiciário é incumbido de mostrar o caminho que o texto legal tem, de acordo com o momento cultural civilizatório vivenciado e diante dos parâmetros constitucionalizados”.²⁶²

E conclui Jobim, na linha do que se filia este trabalho, que quando os Poderes Legislativo e Executivo não conseguem destinar à sociedade as leis nem a administração, cabe ao Poder Judiciário intervir. Não se nega que em alguns casos possa trazer prejuízos, mas se defende que num ativismo judicial equilibrado, as chances de êxito se sobrepõem às de erro.²⁶³

3.3 DECISÕES ESTRUTURANTES

Já referido, o processo civil brasileiro foi concebido, desde sua nascente, para lidar com o conceito de uma lide²⁶⁴ bipolarizada, ou seja, um ou alguns indivíduos possuem uma pretensão em face de indivíduo ou grupo de indivíduos.²⁶⁵

ampliar”. LORENZETTI, Ricarco Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 241.

²⁶² JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101 – 102.

²⁶³ *ibid.*, p. 104.

²⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. 2. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 36.

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 de março de 2016. p.1.

O sistema jurisdicional e processual brasileiro foi semeado nessa estrutura clássica (vide a conceituação carnelutiana de lide) de que o processo é bipartido em dois extremos, onde o direito concedido a uma das partes torna a outra sucumbente.²⁶⁶

Tal sistema se mostra insuficiente na atualidade, uma vez que há diversas situações complexas em que uma decisão aparentemente justa, ou até mesmo efetivamente justa para uma parte, pode cometer injustiça com relação à outra parte.²⁶⁷

Sérgio Cruz Arenhart exemplifica com uma situação que ocorre rotineiramente. O conflito entre o proprietário de determinado imóvel e seus ocupantes, em que a pretensão do autor é legítima e fundada no direito de propriedade, enquanto que os indivíduos invasores denotam o problema social da falta de moradia. Acolher o pedido poderá agravar um problema social, enquanto que não acolhê-lo viola o direito de propriedade, basilar do Estado Democrático de Direito.²⁶⁸

Conclui Arenhart que “uma simples demanda privada assume, hoje, contornos complexos. Vê-se também como a estrutura processual clássica é inútil para a solução desse conflito.”²⁶⁹

Se os problemas privados já apresentam dificuldades e sofrem pelas insuficiências estruturais do processo civil, mais grave é a situação dos processos de tutelas transindividuais, visto a quantidade de interesses que envolvem, bem como o maior impacto que pode ter na vida de mais pessoas.

Imagine-se uma demanda pedindo medicamentos, ou a realização de uma cirurgia emergencial. Tais casos não tratam apenas de uma questão envolvendo o particular e o sistema público de saúde, mas um problema de

²⁶⁶ Sérgio Cruz Arenhart acrescenta que o sistema processual brasileiro é composto por diversos institutos que corroboram a lógica binária do processo, tais como o conceito de causa de pedir, a definição de *thema probandum*, os limites da coisa julgada, dentre outros. ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Consultado em: 04 de março de 2016. p. 3.

²⁶⁷ *Ibid.*, acesso em: 04 de março de 2016. p. 3 – 4.

²⁶⁸ *Ibid.*, acesso em: 04 de março de 2016. p. 4.

²⁶⁹ *Ibid.*, acesso em: 04 de março de 2016. p. 4.

política e serviços públicos, agravado pelo direito fundamental que envolve uma questão médica.²⁷⁰

Uma questão envolvendo a vaga em escola pública também exterioriza os conflitos enfrentados pelo judiciário da atualidade, que obriga a mitigação de valores e a reiterada aplicação da razoabilidade na atividade jurisdicional. Se nas relações individuais a questão é delicada, imagine-se no campo dos pleitos coletivos.

O judiciário precisa oferecer mecanismos condizentes com as necessidades da atualidade, e o presente trabalho pretende apresentar a ideia da decisão estruturante como forma de construção de um novo modelo/paradigma.

3.3.1 O Surgimento do Instituto Norte-Americano das *Structural Injunctions*: o Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*

O instituto norte-americano surgido a partir do caso *Brown vs. Board of Education* tem sido objeto recente de pesquisa e vislumbrado como uma alternativa rumo à construção de um modelo mais efetivo de consecução de resultados nas tutelas de direitos transindividuais.²⁷¹

As *structural injunctions* - inglês de medidas estruturantes - é resultado da constatação de que as decisões envolvendo questões coletivas requerem sentenças complexas, que se desdobrem numa perspectiva futura e imponham diversos mecanismos a fim de proporcionar a efetividade do provimento pelo enfrentamento das dificuldades que surjam. Ou seja, uma decisão matriz é proferida e, a partir dela, outras medidas serão tomadas pelo órgão julgador no decorrer do tempo, conforme as particularidades do caso surjam.

²⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Consultado em: 04 de março de 2016. p. 5.

²⁷¹ As tutelas ou direitos coletivos tratados neste trabalho dizem respeito aos direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos stricto sensu), constantes dos incisos I e II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Foi a partir do caso *Brown vs. Board of Education*²⁷² que o judiciário norte americano assumiu a postura de reformar as estruturas de diversas instituições sociais, objetivando, principalmente, fazer valer os valores constitucionais de igualdade.²⁷³

Sob a presidência de Earl Warren, a Suprema Corte norte-americana levou a efeito uma série de esforços cuja finalidade era dar efetividade à decisão proferida no caso. Decisão esta que exigiu das cortes uma transformação da realidade social, mudando as bases em que se consolidavam.²⁷⁴

O professor norte-americano Owen Fiss, cujos estudos se voltam para uma perspectiva progressista do processo civil, assim refere:

Structural litigation does not begin with indifference toward or ignorance of public values. That litigation proceeds within the frame-work of constitution; and the Constitution that we know today and that stands vindicated by *Brown v. Board of Education*, is a constitution that does far more than simply stablish a form of government. It identifies a set of values such as equality, liberty, no cruel and unusual punishment, due process, security of the person, and freedom of speech. These values transcend the private end implied by the government. They stand as the core of a public morality and serve as the substantive foundations of structural litigation. The social function of the contemporary litigation is not to resolve disputes, but rather to give concrete meaning to that moprality within the context of the bureaucratic state.²⁷⁵

Fiss não se limita aos aspectos procedimentais do processo civil norte-americano, partindo da necessária compreensão do fenômeno processual contemporâneo, atribuindo-lhe sentido às atuais demandas.²⁷⁶

²⁷² 50 anos antes, em 1896, a Suprema Corte dos Estados Unidos havia permitido a segregação racial, no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, lastreada na doutrina *separate but equal*. JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75-76.

²⁷³ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 26-27. Tradução de: *The law as it could be*.

²⁷⁴ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 27. Tradução de: *The law as it could be*.

²⁷⁵ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication ans its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 290.

²⁷⁶ Esclarece o tradutor da obra que o título *Um novo processo civil* não se refere à ideia de se propor um modelo, mas tem conteúdo descritivo, apontando para um processo que já existe e atua, diariamente, desafiando seus operadores. Conclui que *o novo processo não está por se formar, mas já está colocado pela realidade jurídica e social contemporânea, para ser apreendido e compreendido por seus estudiosos e operadores*. FISS, Owen. **Um**

A reforma estrutural proposta por Fiss é forma de expressão do fenômeno do ativismo judicial que marcou o judiciário norte-americano a partir dos anos 1950²⁷⁷, desvelando não apenas uma nova função a ser desempenhada pelo processo civil, mas também em sua organização e adequação ao paradigma da atualidade.

O caso *Brown vs. Board of Education de Topeka*²⁷⁸, já referido, marcou a Corte Warren. Nele, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que estabeleciam a existência de escolas públicas distintas para estudantes negros e brancos.

Tal decisão, proferida em maio de 1954, alterou o entendimento sobre as questões raciais nos Estados Unidos, revogando a decisão anteriormente tomada no caso *Plessy vs. Ferguson*²⁷⁹, e afirmou que as instalações educacionais separadas eram inerentemente desiguais.²⁸⁰

No entanto, a transformação não era fácil, pois não se dimensionava a totalidade do todo envolvido na decisão que pretendia alterar uma matriz. Assim, logo surgiram as dificuldades na efetivação da decisão. Tornou-se evidente a exigência de novos procedimentos para a escolha de alunos, novos critérios para a construção de escolas, a substituição do corpo docente, a adequação do sistema de transporte, a modificação do currículo, dentre outras. Em suma, depreendia-se a necessária reconstrução institucional para levar a efeito a decisão tomada pela Corte. Os juízes das instâncias inferiores logo perceberam que a tarefa exigia adequação do processo às particularidades das necessidades do caso.²⁸¹

novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 6-7. Tradução de: *The law as it could be.*

²⁷⁷ FISS, Owen. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 7. Tradução de: *The law as it could be.*

²⁷⁸ *Brown v. Board of Education de Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²⁷⁹ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 72 – 75.

²⁸⁰ Separate is not equal,” and segregation violated the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. *Brown v. Board of Education de Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²⁸¹ FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 28-29. Tradução de: *The law as it could be.*

Um comprometimento primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição. Nesse sentido se depreende dos estudos sobre a doutrina de Fiss:

A *Warren Court* envolveu-se nessa conjuntura crítica. Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com *Brown* e reconheceram a abrangência da reforma exigida: o sistema dual de escolas teria de ser erradicado da “raiz aos galhos”. O processo continuou e, em tempo, as lições aprendidas com a eliminação da segregação nas escolas foram transferidas para outros contextos: para proteger as pessoas e seus lares dos abusos da polícia, para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para assegurar o devido processo procedimental na administração do bem-estar social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais do Estado. Dessa forma, o fim da segregação racial nas escolas tornou-se uma ocasião de vital importância para as inovações procedimentais que transcendem a questão substancial, para o surgimento de um conceito completamente novo de adjudicação, algo que particularmente se adaptasse à nova unidade do direito constitucional - a burocracia estatal.²⁸²

Não se pode negar que, do ponto de vista sociológico, a decisão abriu o caminho para a integração e foi uma grande vitória do movimento dos direitos civis, mas a falta de previsão de como a efetivação dela se daria ensejou o surgimento das primeiras barreiras.

Uma decisão que põe - ou que pretenda por - fim a uma histórica segregação não é eficaz por si só sem que outros fatores externos auxiliem em sua efetividade, o que passaria a ser alvo de ampla discussão na Suprema Corte, até por que o caso *Brown* abriu uma série de precedentes para que outros casos envolvendo discriminação racial fossem julgados. Nesse sentido, Marco Jobim acrescenta:²⁸³

O julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* não aparentava facilidade de ser concretizado. Encerrar uma tradição mais que centenária numa sociedade não é algo que se pode dizer ser natural. Diante dessa constatação, alguns questionamentos eram previsíveis para os *Justices* ao julgarem o caso, entre eles: (i) como dar condições de possibilidade de uma afro-descendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada? (ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão?²⁸⁴

²⁸² FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 29. Tradução de: *The law as it could be.*

²⁸³ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 81.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 81-82.

Essa e outras preocupações “restaram consignadas na *opinion* da Corte no julgamento do caso”, conclui Jobim.²⁸⁵

A Corte reconheceu que a complexidade do caso exigiria esforços incomuns, tanto que manifestou por ocasião da decisão proferida.²⁸⁶

Em 1955, a Corte se reuniu para analisar as dificuldades de implementação dos ditames da decisão, no que ficou conhecido como *Brown vs. Board of Education II*.²⁸⁷

Jobim arremata referindo que “o momento cultural da sociedade é um importante marco referencial para que Cortes Superiores possam julgar melhor”.²⁸⁸ A efetividade das decisões, da mesma forma, está diretamente conectada ao pensamento e valores do período em que é tomada.

²⁸⁵ A redação da footnote nº 13: “Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or(b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions?5. On the assumption on which questions 4(a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4(b),(a) should this Court formulate detailed decrees in these cases;(b) if so, what specific issues should the decrees reach;(c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees;(d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?” Disponível em:

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483#347_US_483n13ref#>. Acesso em: 11 jan. 2016.

²⁸⁶ “Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term The Attorney General [p496] of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as *amici curiae* upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954.”

Disponível em:
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483#347_US_483n13ref#>. Acesso em: 11 jan. 2016.

²⁸⁷ JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 85.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 86.

Pode-se dizer que a decisão será mais efetiva se tomada no momento em que a sociedade estiver pronta para lidar com as alterações que ela levará a efeito. Não foi diferente no caso tratado. Conforme referido, algumas décadas antes, o posicionamento da Corte Suprema foi diverso, respondendo aos anseios de uma realidade com outros valores.

Se no caso *Plessy vs. Ferguson* os anseios eram de uma sociedade - em que pese já independente - de matriz colonial, segregadora, que relutava em reconhecer direitos civis dos negros, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* foi julgado num cenário pós Segunda Guerra Mundial, em que os direitos civis efervesciam e as camadas populares clamavam por sua efetividade, por vidas mais dignas.

O cenário existente em 1954 era muito mais propício tanto para que fosse tomada uma decisão que quebrasse paradigmas, quanto para que fosse efetivada com menos resistências da sociedade.

Objeto de estudo no capítulo anterior, a segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, que já vinha sofrendo fortes alterações paradigmáticas desde o fim da Primeira Guerra Mundial e os textos constitucionais que se seguiram, foi e ainda é um marco histórico de consequências substanciais. O mundo havia mudado muito na primeira metade do século XX, em que o *Welfare State* surgido algumas décadas antes expandia seus reflexos.

3.3.2 Doutrina de Owen Fiss

A reforma estrutural para o estudioso da teoria geral do processo civil, professor de Yale Owen Fiss, é uma nova forma de *adjudication*, que denominou de *structural reform*²⁸⁹, ou medidas estruturantes. Para o professor, o julgamento do caso *Brown* iniciou uma nova forma de *adjudication*²⁹⁰, que, em suas palavras, significa:

²⁸⁹ FISS. Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 288.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 287 - 288.

Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression. In my judgement, this has always been the function of adjudication, clearly embraced and legitimated by Article III of the Constitution, and continuous with the role of courts under the common Law, but within recent decades a new form of adjudication has emerged.²⁹¹

Essa nova forma de *adjudication*, cuja marca diferenciadora é caracterizada pelo atrito entre Judiciário e burocracias estatais, é palco para a reforma estrutural, cujo objetivo é buscar adaptar sua atuação à realidade social, reconhecendo as deficiências institucionais do estado moderno.²⁹²

Prossegue Fiss, sobre o que considerou essa nova forma de adjudicação:

This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organization that threaten these values are reconstructed, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor, the traditional universe of legal remedies – the damage judgment or the criminal prosecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other time, but instead is used as the formal médium through which the judge directs the reconstruction of bureaucratic organization.

E continua:

This new mode of litigation, which I call 'structural reform', represents an importante advance in the understanding of modern society and the role of adjudication. The bureaucratic character of the modern state and the public dimensions of the judicial power are properly acknowledge.²⁹³

A doutrina progressista de Fiss, portanto, concebe as medidas estruturantes - *structural injunctions* - como uma nova forma de

²⁹¹ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 287.

²⁹² FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 27 - 28. Tradução de: *The law as it could be*

²⁹³ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003, p. 288.

exteriorização por parte do judiciário dos valores públicos, de caráter constitucional, que informam a ordem pública.

Tais valores, geralmente previstos sob a forma de direitos fundamentais, nem sempre são claros ou objetivos, mas abertos e suscetíveis às mais variadas formas de interpretação, que nem sempre conduzem à compreensão do verdadeiro preceito de tal valor.

O escopo das medidas estruturantes, enquanto decisões que objetivam perpetrar alterações nas bases institucionais, superando dificuldades enraizadas nas instituições existentes, é fazer valer, ou tornar efetivo, determinado preceito contido na constituição, como será demonstrado a seguir, a partir da compreensão dos conceitos e também de casos, como o da equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo às uniões heterossexuais.

Tal exemplo reluz que a igualdade, enquanto princípio basilar de qualquer texto constitucional democrático deve, hoje, se sobrepor às antigas - nem tão antigas - interpretações divergentes, dadas às normas constitucionais.

Tanto no caso emblemático de *Brown vs. Board of Education of Topeka*, quanto no caso brasileiro sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tanto a Suprema Corte norte-americana, quanto o Supremo Tribunal Federal, deram sentido aos valores constitucionais de igualdade, superando interpretação diversa ou literal que fosse contrária a ela.

O caso norte-americano, aplicando a reforma estrutural, conseguiu iniciar a reforma das bases e realidade social, pondo fim à discriminação física evidente existente no sistema de ensino da época. O caso brasileiro ainda enfrenta algumas dificuldades.

Assim, as medidas estruturantes concebidas pela doutrina de Fiss, sob a forma de adjudicação, exteriorizam os valores públicos, ou constitucionais, dando-lhes significado específico, de forma a fazê-los efetivos em cada caso.

3.3.2.1 Valores Públicos (Constitucionais), *Ajdudication e Injunction*

A compreensão de alguns conceitos se faz necessária.

Os valores constitucionais, desdobramento dos valores públicos, são aqueles valores que informarão e limitarão a atuação das relações entre Estado e particulares, e também dos particulares entre si.

Fiss exemplifica que os valores presentes na Constituição norte-americana, como a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição, dão margem a interpretações diversas, muitas vezes conflitantes e distantes de seu real objetivo.²⁹⁴ Destaca que é necessário “dar-lhes significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito”,²⁹⁵

No entanto, evidentemente que não cabe mais à jurisdição a mera função de fazer atuar a vontade concreta da lei, inobstante as particularidades do caso e os preceitos constitucionais.²⁹⁶ Aquela atividade silogística pelo meio do qual o magistrado recorre à lei, cria - premissa maior -, aplica-a ao caso concreto - premissa menor - e, assim, chega à conclusão de que não se mostra suficiente para garantir a efetividade da variedade das tutelas que chegam ao judiciário da atualidade.

²⁹⁴ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 290.

²⁹⁵ Sobre o processo de exteriorização valores constitucionais, verifica-se da doutrina de Fiss que “Todos nós, quer como indivíduo, quer como atores institucionais, temos um papel nesse processo. Na sociedade moderna, caracterizada pela presença estatal, esses valores determinam a qualidade da nossa existência social – eles pertencem, verdadeiramente, ao domínio público – e, conseqüentemente, o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público. Os Poderes Legislativo e Executivo, como também as instituições privadas, têm uma voz; também deveriam ter as cortes. Os juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos.”. FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004. p. 25 - 26.

²⁹⁶ Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, em recente obra, trabalham amplamente os novos delineamentos da jurisdição que se esboçam no Estado Constitucional, tecendo críticas às formas de atuação da atividade jurisdicional anteriores. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 100-163.

A evolução das relações sociais, de trabalho e econômicas não comporta essa atividade jurisdicional simplista.

Cabe ao magistrado da contemporaneidade dar sentido aos textos legais, compreender o caso concreto e prestar a tutela à luz dos princípios constitucionais, além de tornar efetiva a decisão.

Sentido é o que Gustavo Zagrebelski considerou

La conexión entre una acción y su resultado social. Lá comprensión del sentido de una acción, es decir, de su lógica social, sólo se alcanza poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir.²⁹⁷

Em suma, é a necessidade da compreensão do caso concreto à luz da realidade em que se vive, bem como dos preceitos constitucionais pelo magistrado.

Adjudication, que não encontra tradução equivalente em língua portuguesa, nas palavras de Owen Fiss é “*the social process by which judges give meaning to our public values*”²⁹⁸, e atribuem solução ao caso concreto, aplicando a lei, sendo a reforma estrutural uma forma de fazer os valores públicos constitucionais se sobreporem às burocracias estatais, conferindo efetividade às decisões que, se meramente declaratórias forem, não atingirão o seu objetivo.

Imagine-se o caso de *Brown vs. Board of Education*. A mera declaração da ilegalidade da política de segregação racial existente pela Suprema Corte norte-americana não seria suficiente para por fim, de fato, à discriminação. Menos ainda seria eficiente no sentido de iniciar um processo de mudança da mentalidade da sociedade de que tal política violava o princípio basilar da igualdade.

O caso norte-americano demonstrou claramente o sentido do termo “reforma estrutural”, pois os juízes das cortes inferiores precisaram enfrentar as dificuldades arraigadas nas estruturas sociais, levando a efeito uma

²⁹⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 37.

²⁹⁸ FISS, Owen. **The forms of justice**. *Harvard law review*. nov.-79, vol. 93, n. 1, p. 2. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers>. Acesso em 05 de mar. de 2016.

verdadeira mudança, ou reforma, no paradigma da época. Não bastaria uma criança negra bater à porta de uma escola para brancos, portando a decisão da Suprema Corte e exigindo a efetivação de sua matrícula, se depois não encontrasse condições de frequentar a escola e ser aceita pelo grupo. Certamente seria discriminada desde o momento em que ingressasse no bairro habitado por brancos.

A extensão das medidas tomadas reformou o sistema educacional de forma a viabilizar a inserção dessa camada antes segregada, inserindo a mudança, gradualmente, no intelecto da coletividade.

Medidas como a contratação de professores negros em escolas com corpo docente composto, exclusivamente, por indivíduos brancos, a construção de escolas para ambas as etnias em bairros de predominância de uma ou de outra, a alteração das rotas de transporte escolar, a redistribuição dos recursos destinados às escolas, dentre diversos outros.²⁹⁹

Da mesma forma, o já referido caso brasileiro tangente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo demonstra que a decisão, mesmo que tomada décadas após o caso norte-americano, também romperá - pode-se dizer que ainda busca romper - um paradigma. No entanto, por recente que é o caso, certamente seus efeitos serão mais evidentes no futuro.

Enquanto que hoje parece inimaginável a existência de escolas exclusivas para negros e brancos, parcela substancial da população, e até mesmo do congresso brasileiro, se mostram contrários à união de pessoas do mesmo sexo.

Tal exemplo demonstra, com clareza, a importância do papel do Poder Judiciário na alteração da realidade social, por meio das decisões estruturais. Urge, na atualidade, decisões que vençam as burocracias arraigadas nas instituições estatais e no ideário da sociedade.

Materialmente mais simples de ser executado, mas não menos importante, o fim da diferenciação entre pessoas do mesmo sexo, ao menos no que tange ao reconhecimento das uniões estáveis, ainda encontra dificuldades, pois não são poucos os casos noticiados em que um

²⁹⁹ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004. p. 28.

determinado parceiro(a) encontra óbice em fazer valer o que o Supremo Tribunal Federal já declarou ser um direito.

Desde a inserção em planos de saúde até a celebração de contrato de união estável, não foram poucas as barreiras enfrentadas pelos casais do mesmo sexo, que passaram a surgir logo após a prolação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal.³⁰⁰

O reconhecimento da igualdade entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra barreiras. Em sede legislativa, dificilmente se conseguirá aprovar emenda constitucional que altere a expressão “homem e mulher” constante do artigo 226 da Constituição Federal, sobretudo pelo recente crescimento das bancadas religiosas.

Quem, senão o judiciário, poderia garantir o direito dessas minorias fazerem valer o preceito constitucional da igualdade frente quaisquer diferenças existentes?

A reforma estrutural surge como uma via nesse contexto. Não se pode esperar que as quebras de paradigmas substanciais ocorram de dentro para fora, que parta das pessoas enquanto indivíduos para a sociedade como um todo. Cabe, portanto, ao poder competente por fazer valer, fazer efetivos os direitos, garanti-los.

Corroborando este entendimento o fato de que, no ano da tomada das decisões pelo Supremo Tribunal Federal, uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), demonstrou que 55% (cinquenta e cinco por cento) da população era contrária à união entre pessoas do mesmo sexo.³⁰¹

No entanto, refere Marco Felix Jobim³⁰² que “a comunidade jurídica estava pronta”³⁰³ para enfrentar o tema, e assim o fez.

As medidas estruturantes, portanto, desenvolvem-se como uma tentativa de atribuir significado aos valores públicos de cunho constitucional. A reforma estrutural, enquanto manifestação de uma nova forma de

³⁰⁰ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161-163.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 162.

³⁰² Marco Felix Jobim trabalha a aplicação das medidas estruturantes no âmbito dos processos objetivos no Supremo Tribunal Federal, exemplificando diversos casos em que uma decisão estruturante ensejaria maior efetividade a cada caso. *Ibid.*, p. 162.

³⁰³ *Ibid.*, p. 162.

adjudicação pretende dar significado aos valores constitucionais, sobretudo àqueles com ingerência na vida da coletividade.

Owen Fiss, entretanto, não deixa de mencionar que grande parte das críticas à reforma estrutural partem de um mesmo ponto, qual seja, o fato de os juízes serem investidos de muito poder.³⁰⁴

Tal crítica não é nova, sendo o centro dos debates acerca do ativismo judicial, comumente suscitada pelos contrários ao ativismo.³⁰⁵

Injunction, por sua vez, não encontra correspondente exato no direito brasileiro, mas no sistema nortea-mericano consiste em *uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato*.³⁰⁶

Assim, Fiss, em tradução para o português:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.³⁰⁷

A reforma estrutural, enquanto forma de exercício da jurisdição, é marcada pelo fato de forçar o enfrentamento das burocracias estatais.

Não se ignora a necessidade de novas elaborações legislativas, mas se sabe que não se pode esperar deste poder uma evolução que acompanhe a evolução social enfrentada na atualidade.

Cabe, portanto, ao poder judiciário, a reconstrução das novas realidades de acordo com os atuais anseios sociais.

Os casos brevemente comentados demonstram claramente que esperar inerte não levará jamais à efetivação de alguns direitos por grupos ou classe de pessoas.

³⁰⁴ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication ans its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 292 - 293.

³⁰⁵ O presente trabalho não pretende aprofundar mais do que já foi feito no que refere à legitimidade das decisões judiciais consideradas ativistas. Parte-se da ideia de que o judiciário, inegavelmente, vem suprindo, dentro do possível, as deficiências institucionais do Estado. As decisões estruturantes são trabalhadas como uma forma de conferir efetividade às decisões.

³⁰⁶ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. p. 27.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 27.

A partir destes conceitos, aliado à análise de casos práticos, este estudo pretende demonstrar a possibilidade das medidas estruturantes serem aplicadas nos processos de tutelas transindividuais como uma forma de agregar maior efetividade ao cumprimento de sentença.

3.3.3 O Direito Objetivo Brasileiro e a Abertura ao Sistema das Medidas Estruturantes

O presente estudo parte do conceito de medidas estruturantes trabalhado pelo teórico do direito norte-americano Owen Fiss, que tem produzido relevantes estudos sobre a jurisdição. Fiss pensa o processo numa ótica de resultados práticos.³⁰⁸

Foi trabalhada a teoria de Fiss, à luz dos casos ocorridos nos Estados Unidos, de forma a esclarecer de que forma atuaram as medidas estruturantes sobre as decisões judiciais.

No âmbito nacional, há um estudo importante realizado pelo processualista gaúcho Marco Felix Jobim, cuja obra *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*, ingressa no âmbito das decisões de destaque tomadas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em processos objetivos, demonstrando que a aplicação de medidas estruturantes poderia ter viabilizado maior eficácia às decisões, pois algumas ainda padecem de inefetividade.

Enquanto que no sistema clássico “o Poder Judiciário apenas aplicava a Lei. Agora, em algumas circunstâncias, ele cria Direito novo, em abstrato, e não apenas para o caso concreto”.³⁰⁹

Nesse sentido é a obra cujos resultados serão brevemente introduzidos, a fim de corroborar o entendimento de que o sistema processual brasileiro está apto a recorrer às decisões de cunho estruturantes

³⁰⁸ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93.

³⁰⁹ Assim referiu José Maria Tesheiner no prefácio da obra de Marco Felix Jobim. *Ibid.*, p. 11.

a fim de efetivar os seus julgados, sobretudo por que o Supremo Tribunal Federal, além dos Tribunais Federais e Estaduais, inegavelmente, vem decidindo de forma a suprir as falhas dos demais poderes, o que se pode verificar das diversas decisões no âmbito da saúde, educação, dentre outros direitos essenciais.

Carlos Alberto de Salles, coordenador da tradução da obra de Owen Fiss, concebe as medidas estruturantes como uma faceta do ativismo judicial que marcou o judiciário norte-americano a partir dos anos 1950.³¹⁰

Enquanto que o caso de *Brown vs. Board of Education* abriu caminho para as decisões estruturantes nos Estados Unidos, no Brasil já se podem verificar diversos casos em que uma medida como tal poderia ter sido utilizada pelo Poder Judiciário.

E essa análise é feita por Marco Jobim, em sede de jurisdição abstrata no Supremo Tribunal Federal.

Caso paradigmático diz com a união entre pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal, enfrentada a polêmica, equiparou a união entre pessoas do mesmo sexo às uniões heterossexuais, superando a redação do artigo 1723 da legislação civil³¹¹ e parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal³¹², que regram a união estável referindo “homem e mulher”.³¹³

³¹⁰ FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004. p. 27. Tradução de: *The law as it could be.*

³¹¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

³¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

A nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal surgiu da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277³¹⁴ e da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132³¹⁵, dando nova interpretação às referidas normas, lastreada no que é princípio imanente de diversos textos constitucionais: a igualdade, ou tratamento igualitário e igualdade de deveres e direitos que a todos deve ser reconhecida, independente de cor, credo, raça ou orientação sexual.

O STF afastou a expressão "homem e mulher" da lei e permitiu a interpretação extensiva aos casais de mesmo sexo. Ao proferir a decisão, o STF deixou expresso que o reconhecimento deve ser feito "segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva".³¹⁶

Em que pese ter sido considerado pela Suprema Corte brasileira que o Brasil se encontra em condições de enfrentar a nova realidade, algumas questões tangentes à efetividade destas decisões foram levantadas. Será possível a concretização desta decisão, possibilitando a igualdade de tratamentos às pessoas do mesmo sexo?³¹⁷ Jobim destaca que as respostas às indagações viriam logo após a prolação da decisão, sendo em parte negativas.³¹⁸

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

³¹³ JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161-163.

³¹⁴ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

Consultado em: 02 de março de 2016.

³¹⁵ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>.

Consultado em: 02 de março de 2016.

³¹⁶ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Consultado em: 02 de março de 2016. p. 5.

³¹⁷ JOBIM, op. cit., p. 162.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 162.

Poucos dias após o julgamento, o juiz do Estado de Goiás, Jeronymo Pedro Villas Boas, anulou todas as uniões estáveis de homossexuais existentes naquele Estado. Em outro caso, o juiz da 2ª Vara de Família da Comarca de Jacareí (SP), efetuou a primeira conversão de união estável em casamento. Verificam-se duas medidas equivocadas: uma violando, outra extrapolando a interpretação.³¹⁹

Mais recentemente, através do RESP 1.183.378, oriundo do Rio Grande do Sul, o STJ reconheceu o direito a um casal homossexual a requerer a habilitação direta para casamento. Assim, a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo foi se tornando uma realidade.³²⁰

Alguns tribunais estaduais sentiram a necessidade de uniformizar os procedimentos de habilitação e conversão de união estável em casamento, para relações heteroafetivas ou homoafetivas. E assim, nove estados editaram provimentos excelentes sobre o assunto, outro expediu apenas uma circular e, dois outros, editaram provimentos que, na prática, mantinham a desigualdade no tratamento.

Assim, com arrimo nas decisões do STF de 2011, que igualou a união estável de pessoas do mesmo sexo, bem como no Recurso Especial 1.183.378-RS³²¹, que permitiu a um casal do mesmo sexo a conversão da união estável em casamento, o Conselho Nacional de Justiça sentiu a necessidade de acabar com essa disparidade entre os estados que autorizam e os que não autorizam o casamento homossexual, e editou a Resolução nº 175, publicada em 15 de maio de 2013, autorizando, de uma vez por todas, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por habilitação direta, seja por conversão de união estável. Determina que "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo".³²²

³¹⁹ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 162.

³²⁰ *Ibid.*, p. 162.

³²¹ Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 23 fev. 2016.

³²² Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Consultado em: 06 de março de 2016.

No entanto, não foram poucas as notícias de casais que encontraram dificuldades em fazer valer os seus direitos.

Ainda, Jobim levanta questionamento importante: qual o limite da efetividade desta decisão? Ou seja, poderão casais do mesmo sexo adotar? Qual o alcance do regime de bens não convencional? E acrescenta que esses são apenas exemplos de desdobramentos que poderiam ser evitados caso os tribunais tivessem proferido uma decisão estruturante que visasse construir os alicerces à nova realidade que se busca construir.³²³

Propõe que uma medida estruturante poderia ter elencado o rol de órgãos e instituições que deveriam atender à decisão, tais como seguradoras, instituições bancárias, Receita Federal, Instituto de Nacional de Seguro Social, dentre outros.³²⁴

Ou seja, parece claro que uma decisão estruturante teria agregado maior efetividade aos direitos declarados pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro caso relevante julgado no Brasil em sede de controle abstrato de constitucionalidade foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, conhecido como o caso do feto anencefálico.

No julgamento, foi permitida a interrupção das gestações em que fossem constatadas a anencefalia do feto.

Dispensa comentários a relevância do tema, que sempre se mostrou polêmico nos mais diversos contextos sociais de variadas nações, e que no Brasil enfrenta forte resistência por parcelas da população e da classe política, sobretudo àquelas ligadas aos movimentos e partidos religiosos e conservadores.

Este é mais um caso em que se fez necessária a manifestação judicial a fim de suprir a ausência de legislação coetânea ao pensamento da sociedade atual.

A permissão à interrupção da gestação prevaleceu e o Supremo Tribunal Federal consolidou a possibilidade de a gestante de feto anencefálico por fim à gestação.³²⁵

³²³ JOBIM, Marco Felix. Medidas estruturantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 163.

³²⁴ *Ibid.*, p. 163.

³²⁵ *Ibid.*, p. 164.

Os fundamentos dos votos, que foram dos mais diversos, desde a letalidade certa do feto anencefálico³²⁶, da ausência de perspectiva de vida e de perspectivas de sobrevivência, até o direito à saúde da gestante³²⁷.

Jobim³²⁸ alerta ao fato de que, no decorrer dos votos, algumas sugestões foram elaboradas pelos julgadores, como a do Ministro Celso de Mello, que recomendou que a má formação devesse ser identificada por médico legalmente habilitado, e que, após, não haveria razão para a gestante ter que recorrer ao Poder Judiciário para efetivar o seu direito.³²⁹

Ainda, foi destacada pelo Ministro da Saúde a viabilidade de o Sistema Único de Saúde diagnosticar os casos de anencefalia.³³⁰

O que se questiona aqui é se a decisão não poderia ter ido além da mera declaração ou das sugestões? Se fosse uma decisão estruturante que regresse todo o processo envolvido em casos como os tais, desde o acompanhamento psicológico da gestante, ao acompanhamento pós-parto, política de saúde da mulher sujeita ao aborto, até a necessidade de ser custeado tal procedimento pelo estado, não teria maior efetividade do ponto de vista do direito material em questão?³³¹

Parece que a resposta é positiva. Em ambos os casos narrados, parece evidente que uma decisão dotada de caráter estruturante agregaria maior eficácia às decisões.

³²⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.

Acesso em: 24 fev. 2016. p. 45.

³²⁷ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.

Acesso em: 24 fev. 2016. p. 60.

³²⁸ JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 164.

³²⁹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.

Acesso em: 24 fev. 2016.

³³⁰ Destacou o Ministro José Gomes Temporão: “O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia”.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.

Acesso em: 24 fev. 2016. p. 45.

³³¹ Alguns questionamentos trazidos por Jobim já haviam sido esboçados antes mesmo do julgamento em comento, em 2008, por Eduardo Appio, que previra que a decisão da Suprema Corte deveria ter amplitude a abarcar questões relativas à saúde da mulher. JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 165.

Outros dois casos demonstram uma proximidade do sistema judiciário brasileiro com a doutrina das medidas estruturantes. Um deles é o da Ação Popular nº 3.388³³² sobre a reserva indígena Raposa Serra do Sol, cujo escopo era impugnar a forma de demarcação das terras indígenas. O outro caso é o do Mandado de Injunção nº 708³³³, sobre o direito de greve dos servidores públicos civis.

Ambos os casos contemplam em seus votos imposições cujo objetivo é atribuir maior efetividade às decisões, o que as aproximam da doutrina das medidas estruturantes.

No caso da demarcação das terras indígenas, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito votou pela permanência da demarcação da terra indígena, e teceu dezoito restrições relacionadas à exploração de recursos minerais e energéticos.³³⁴

O caso do Mandado de Injunção manejado por sindicato de servidores públicos teve lastro na ausência de regramento especial sobre o direito constitucionalmente assegurado de greve dos servidores públicos. Foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que, ante a lacuna legislativa, seria aplicada a Lei nº 7.783/89³³⁵, que rege o exercício do direito de greve no setor privado.

No voto, o Ministro Ricardo Lewandowski estabeleceu dezesseis condições³³⁶ para a aplicação da lei ao caso de greve de servidores públicos.

O que se percebe da reflexão sobre os casos emblemáticos norte-americanos, assim como dos brasileiros, é que essas decisões se

³³² Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> >. Acesso em: 24 fev. 2016.

³³³ Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2232963>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

³³⁴ Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693> >. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 24 – 25.

³³⁵ Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

³³⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaagendaministro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 13 - 16.

diferenciam por vislumbrarem problemas futuros na exequibilidade do direito material.

Elas, prevendo possíveis dificuldades específicas à concretude de cada caso, trataram de traçar algumas condições necessárias à efetividade do direito tutelado.

Pode se concluir, a partir dos casos narrados, que a Constituição Federal do Brasil contempla direitos que demandam esforços no sentido de transformação da realidade social a fim de concretizar a sua efetivação.

O Judiciário clássico, mero aplicador da lei, vem sendo, paulatinamente, substituído por um Poder Judiciário criador e realizador do Direito material, afigurando-se não apenas um legislador negativo, como concebera Kelsen.³³⁷ O Judiciário, portanto, cria Direito em abstrato e no caso concreto.

3.3.4 Viabilidade no Direito Brasileiro: Tutelas Coletivas e Medidas Estruturantes

Uma vez tratadas as tutelas coletivas e as ferramentas que municiam os magistrados a tornarem efetivas suas decisões, cumpre tratar da aplicabilidade das decisões estruturantes nas tutelas de direitos transindividuais.

No que tange ao tema específico das medidas estruturantes e sua aplicabilidade no sistema judiciário brasileiro, partiu-se do estudo realizado por Marco Felix Jobim, que, analisando casos paradigmáticos julgados pelo STF, procurou demonstrar a eficácia que uma decisão estruturante agregaria na efetividade do direito material discutido em cada caso.

A representatividade existente nas ações de controle de constitucionalidade de leis é inegável. Trataram-se diversos casos neste sentido. Inegável que ações que declarem a constitucionalidade ou a

³³⁷ O normativismo kelseniano reconhecia a função criativa do julgador. O conceito de legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*) foi concebido pelo jurista e filósofo austríaco a partir de debates travados com Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, 277 – 283.

inconstitucionalidade vincularão uma parcela grande da população. O controle de constitucionalidade, pelo simples fato de regram a aplicabilidade de normas constitucionais, detém um papel de destaque no Estado Democrático de Direito.

Mas a pesquisa pretende transportar os êxitos da aplicação das medidas estruturantes nos processos objetivos, aos processos subjetivos coletivos, demonstrando ser uma forma de conferir maior eficácia e exequibilidade, além de romper com as burocracias que vedam a efetivação de certos direitos.

Já referido neste trabalho, o caso do rompimento da barragem do município mineiro de Mariana é típico exemplo em que uma decisão de cunho estruturante seria útil. As dificuldades decorrentes do tamanho da área degradada, da extensão dos danos ambientais, das consequências presentes e futuras, não se resolverão com simples decisões condenatórias. Ideal seria uma decisão normativa que traçasse um plano de ação, em conjunto com os demais poderes, estabelecendo prazos e deveres, levando em conta orçamento e as possibilidades financeiras da empresa, assim como as necessidades do meio ambiente e da população.

Não é incomum, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, a existência de uma decisão ricamente fundamentada em direitos e princípios fundamentais, concedendo determinado provimento, mas cuja efetivação barra nas burocracias institucionais do Estado, pela falta de recursos financeiros e humanos.

Inúmeros são os casos, especialmente no que tange às questões médicas, em que o STF chancela decisões judiciais que pretendem suprir as deficiências do Estado. Apenas pretendem suprir, pois, muitas vezes, elas declaram o direito, mas o titular não obtém êxito em usufruí-lo, e em outras, usufrui, mas o direito de outro está sendo relegado. Exemplo típico são as liminares determinando a realização de procedimentos médicos emergenciais. Para que um indivíduo seja atendido imediatamente por um sistema que não comporta o número de pessoas que dependem dele, outros estão ficando para trás. Ou quando uma cirurgia milionária é custeada pelo Estado por ordem judicial. Diversas outras serão prejudicadas, mesmo que indiretamente, pela falta destes recursos.

Uma rápida pesquisa retornará inúmeras decisões nesse sentido, tanto nos tribunais locais quanto nos superiores.

Ou seja, o ativismo é fato presente na realidade jurídica brasileira, mas muitas vezes as decisões são tomadas à revelia das possibilidades da administração pública, criando um problema. Alguns julgados são trazidos.

Em sede de Mandado de Segurança, J.L., por sua mãe M. S., procurou a Justiça porque teve negado pela secretária de Saúde do Estado do Acre o fornecimento dos medicamentos Cloridrato de Imipramina 10mg/Trofanil e Precursor de Acetilcolina 150mg/DMAE, ante a falta de inclusão destes na lista de Assistência Farmacêutica do Serviço Único de Saúde - SUS. Em seu pedido, J.L. aduziu ser portador de transtorno invasivo do desenvolvimento neurológico, cuja medicação mencionada fora prescrita pelo médico neurologista M. A. S., em virtude da necessidade da utilização dos fármacos para o seu tratamento. No entanto, afirmou não possuir condições financeiras para custear a medicação receitada e noticia ter solicitado referidos fármacos à secretaria de Saúde, mas teve seu pedido negado.³³⁸

Após ser concedida a medida liminar pleiteada nos autos do MS nº 1000577-69.2014.8.01.0000 e notificada a autoridade impetrada (secretária da Saúde), o mérito da ação foi a julgamento pelo Tribunal Pleno Jurisdicional da Corte de Justiça Acreana, que, à unanimidade, concedeu a segurança, na forma do voto da desembargadora-relatora:

O direito à saúde não se limita ao que se encontra previsto no texto constitucional, eis que detém nobreza maior e imensurável, devido se encontrar ancorado no princípio da dignidade da pessoa, este um dos pilares do sempre propalado Estado Democrático de Direito e/ou de Direito Democrático, que se relaciona com as condições materiais mínimas de sobrevivência e de subsistência humanas”.

“que a situação em testilha é uma daquelas que, pelo conjunto probatório apresentado, estampa clarividente a necessidade do Impetrante do uso da medicação prescrita e identificada nos autos – relato detalhado da sua situação e prescrição médica”.

“Logo, comprovada (como in casu) a necessidade do uso dos remédios prescritos, tidos como imprescindíveis à saúde e mesmo, à vida do Impetrante, aliado à incapacidade econômico-financeira

³³⁸ Disponível em:

<<http://www.tjac.jus.br/noticias/decisao-considera-que-direito-a-saude-nao-se-limita-ao-que-se-encontra-previsto-no-texto-constitucional/>>. Acesso em: 05 de mar. de 2016.

deste em custeá-los, creio competir ao Estado o fornecimento dos mesmos, uma vez ser este detentor da obrigação de garantir a saúde e o bem estar dos indivíduos”.³³⁹

Ao lavrar o Acórdão, a desembargadora-relatora fez destacar que “é dever do Estado assegurar, com os meios necessários, assistência integral à saúde às pessoas de baixa renda, impondo-se ao poder público o fornecimento de medicação, às suas expensas”.³⁴⁰

Outro caso relevante diz com a questão dos presídios brasileiros.

Afinal, o Poder Judiciário pode obrigar a União ou governos estaduais a realizar obras em presídios visando à garantia constitucional da integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, ou tal determinação seria uma ingerência de um poder da República sobre outro?

O STF enfrentou recentemente a problemática. A controvérsia foi debatida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592581, julgado em 2015.

Este julgamento tem como interessados a União, o Distrito Federal e os seguintes Estados que foram admitidos como *amici curiae*: os Estados do Acre, Amazonas, Minas Gerais, Espírito Santo, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Pará.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou uma ação civil pública contra o Estado para que este promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. Entretanto, ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em

³³⁹ ACRE. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança nº 1000577-69.2014.8.01.0000. João Lucas da Silva Bezerra Rodrigues e Secretaria Estadual de Saúde. Relator Waldirene Cordeiro. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br/cposq5/search.do?jsessionid=E6CF925B2CF5CC27B57BB62D4821D577.cposq52?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1000577-69.2014&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1000577-69.2014.8.01.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 27 de fev. de 2016.

³⁴⁰ ACRE. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança nº 1000577-69.2014.8.01.0000. João Lucas da Silva Bezerra Rodrigues e Secretaria Estadual de Saúde. Relator Waldirene Cordeiro. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br/cposq5/search.do?jsessionid=E6CF925B2CF5CC27B57BB62D4821D577.cposq52?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1000577-69.2014&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1000577-69.2014.8.01.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 27 de fev. de 2016.

estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração”.³⁴¹

O Ministério Público, por sua vez, defendeu que o dever de assegurar a integridade física e moral dos presos não depende de prévia dotação orçamentária, uma vez que se trata de direito de natureza fundamental e, por essa razão, recorreu.³⁴²

A repercussão geral foi assim declarada pelo Ministro Ricardo Lewandowski: “A depender do posicionamento desta Corte, poderá haver, em virtude da realidade do sistema penitenciário brasileiro, uma relevante mudança na situação a que são submetidos milhares de indivíduos sob tutela do estado”.³⁴³

E o julgamento do recurso assim ementado:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - 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. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.³⁴⁴

³⁴¹ RIOGRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação em ação civil pública nº 70022363717. Relator Genaro Jose Baroni Borges. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 27 de fev. de 2016.

³⁴² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291430>>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário n 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029>>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário n 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029>>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

Em outra decisão versando sobre a realidade prisional, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará determinou que o Estado incluísse no exercício financeiro do ano seguinte, verba para reforma ou construção de nova cadeia no Município de Brejo Santo. Em caso de descumprimento da medida, deverá arcar com uma multa diária de R\$ 1 mil.

De acordo com o relator do processo, desembargador Teodoro Silva Santos, as péssimas condições em que se encontram os presos na unidade prisional violam o princípio da dignidade humana.³⁴⁵

Da primeira decisão se verifica a ingerência do Poder Judiciário em questões que estão sendo desatendidas pela administração pública. Na segunda, se verifica que foram determinadas tutelas específicas.

Mas não apenas a realidade dos tribunais brasileiros demonstra certa abertura a existência de um Poder Judiciário ativista, portanto, apto ao proferir decisões estruturantes.

Também na legislação se encontra uma abertura, conforme ressalta Marco Jobim ao destacar o *caput* do artigo 10³⁴⁶ da Lei nº 9.882 de 1999 - sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal dispositivo fixa as condições para a interpretação e aplicação do preceito fundamental violado.³⁴⁷

3.3.4.1 Requisitos

A abertura a um sistema que conceba a aplicação de decisões estruturantes exige alguns requisitos de compatibilidade do sistema jurídico onde pretende atuar. Tratar-se-á alguns deles.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário n 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029>>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

³⁴⁶ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

³⁴⁷ JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 183 - 184.

3.3.4.1.1 Superação do princípio da separação absoluta dos poderes

Um sistema jurídico com maturidade para aceitar a relativização do princípio secular da Separação dos Poderes é requisito para um sistema judiciário proativo. Sérgio Cruz Arenhart assim se posiciona:

Não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público. Obviamente, um sistema pautado na rígida separação de Poderes não pode admitir que o judiciário intervenha em políticas públicas e, conseqüentemente, terá muita dificuldade sequer em imaginar o cabimento das sentenças estruturais em seu principal campo de atuação (o direito público).³⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal sinaliza o entendimento de relativizar o Princípio da Separação dos Poderes quando estiver em causa a omissão estatal.

Em meados de 2015, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, indeferiu pedido de Suspensão de Liminar nº 823³⁴⁹ formulado pelo Estado do Espírito Santo, relativo à interdição temporária de Unidade de Atendimento Inicial do Instituto de Atendimento Socioeducativo estadual. Segundo o ministro, “não é plausível sobrepor o princípio da separação dos Poderes, invocado pelo ente estadual, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à criança, ao adolescente e ao jovem”.³⁵⁰

A liminar questionada foi deferida pela Justiça do Espírito Santo nos

³⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 de março de 2016. p. 9.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 823. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4642346>> Acesso em: 06 de mar. de 2016.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 823. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4642346>> Acesso em: 06 de mar. de 2016.

autos de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública estadual, diante do descumprimento, pelo Estado, de medidas provisórias apontadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em fevereiro de 2011. A situação revelada pelo relatório da Comissão referida resultou na intervenção do Governo Federal no Espírito Santo.

A ação pugnava pela criação de novas unidades com as adequações técnicas especificadas na Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Aduziu a Defensoria Pública que a superlotação das unidades socioeducativas faz com que os menores “amontoem-se em um aglomerado de seres humanos aprisionados em ambientes fétidos e nojentos”, sem “um mínimo de higiene ou tratamento minimamente digno em alguns locais”.³⁵¹

A liminar, além de interditar a unidade, determinou que o estado executasse melhorias em 120 dias, sob pena de multa diária de R\$ 5 mil.

No pedido de Suspensão de Liminar, o Estado argumentou que a determinação, afrontando o princípio da separação dos Poderes, agravaria a situação precária das unidades destinadas a crianças e adolescentes, uma vez que todas estão superlotadas. Sustentou ainda que as reformas envolvem quantias estimadas em R\$ 2 milhões apenas para uma das unidades, sem prévia dotação orçamentária.

O presidente do STF assinalou que a decisão do Poder Judiciário não resultou em intervenção indevida de um Poder no outro, uma vez que a ação civil pública foi ajuizada a fim de garantir direitos fundamentais dos adolescentes. O ministro citou trechos da resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos que demonstram que o Espírito Santo “não conseguiu erradicar, tampouco amenizar as situações de risco dos adolescentes internados, expondo a vida e a integridade física e psíquica dos jovens”.³⁵²

O ministro Lewandowski destacou que é princípio basilar do pacto

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 823. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL_823.pdf> Acesso em: 06 de mar. de 2016. p. 6.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 823. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL_823.pdf> Acesso em: 06 de mar. de 2016. p. 13.

federativo a dignidade da pessoa humana, e que “submeter qualquer adolescente às situações apontadas pela CIDH é grave”³⁵³, e afastou a alegação de lesão à economia e segurança públicas do Estado, indeferindo o pedido de suspensão da liminar.

Mauro Cappelletti, no tocante ao tema, refere que “na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*check and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno.”³⁵⁴

3.3.4.1.2 Relativização do Princípio da Demanda

A incompatibilidade essencial de decisões estruturantes com um sistema rígido do princípio da demanda, ou adstrição e congruência, está no fato de que no decorrer do tempo, essa decisão que se protraí terá que enfrentar as dificuldades que surgirão. Não se pode imaginar que um pedido inicial preveja todos os desdobramentos futuros de uma ação cujo resultado exija uma decisão que se desenvolva no decorrer do tempo. Até porque a essência da decisão estruturante está na sua aderência à realidade conforme ela muda. Ou como expôs Sérgio Cruz Arenhart:

As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião”... “É certo que a(s) medida(s) estrutural(is) imposta(s) deve(m) estar em harmonia com a lesão que se pretende impedir ou reparar. Não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida. Todavia, dentro dos limites desse campo de proteção, deve-se tolerar maior amplitude para a atividade judicial, o que implicará, muitas vezes, extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda.”³⁵⁵

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 823. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL_823.pdf> Acesso em: 06 de mar. de 2016. p. 14.

³⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 19.

³⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro.** Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 de mar. de 2016. p. 11.

Nesse sentido, Arenhart também destaca uma maturidade do sistema jurídico brasileiro, exemplificando o já tratado artigo 461 do CPC de 1973 (artigo 536 do NCPD), que institui uma cláusula aberta às tutelas de prestação de fazer e não fazer, assim como o pedido implícito de juros em prestações pecuniárias, até a possibilidade do artigo 801 do CPC de 1973, que institui o poder geral de cautela, conferindo ao magistrado a possibilidade de dar a proteção que julgar cabível no caso concreto, independente de pedido.³⁵⁶

A previsão das tutelas específicas dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC de 1973 (536 do NCPD) externa uma suavização do princípio da demanda. As providências previstas nos dispositivos, cujo objetivo é adequar e ensejar a efetivação da tutela demonstra essa abertura à atuação do juiz.³⁵⁷

3.3.4.2 Implementação de uma Decisão Estruturante: Casos no Direito Comparado

Com a finalidade de outorgar um caráter prático ao tema proposto, impende fazer a análise de alguns casos ocorridos em diversos países e trabalhados pela doutrina que estuda o tema das tutelas coletivas.

Inicialmente, Ricardo Lorenzetti esclarece que a sentença coletiva pode ter efeitos sobre os bens coletivos indivisíveis de dois modos: a) quando o objeto de discussão é um bem desta natureza, como por exemplo, a integridade da natureza, a discriminação, a saúde pública etc; b) quando o objeto é individual, mas a decisão que se adota afeta um bem coletivo. Exemplo é a ação de uma pessoa sobre aposentadoria que contenha uma sentença que determine de

³⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Consultado em: 04 de março de 2016. p. 12.

³⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 178.

forma geral o sistema de previdência, ou quando alguém move o judiciário em favor de seu direito de privacidade e o caso acaba com a declaração da inconstitucionalidade de uma lei.³⁵⁸

Verifica-se uma distinção entre sentença declaratória e sentença de execução. Nos casos analisados não há apenas uma sentença, mas várias, que, conjuntamente, compõem a decisão estrutural que objetiva efetivar o direito material em questão.³⁵⁹

No caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, se ordenou o fim do sistema dual de escolas, e logo foi necessário editarem decisões aclaratórias e executivas.³⁶⁰

Tomando o caso de *Brown* como exemplo, a sentença declaratória cumpriu a função de provocar a ruptura da concepção existente, declarando a ilegalidade da discriminação racial no âmbito do sistema de ensino. Em um caso envolvendo tutela coletiva ao meio ambiente, tal papel seria exercido pela decisão que mandasse cessar com a contaminação do ar, ou limpar um rio. Em todos esses casos, a sentença cumpre um papel de declarar princípios, valores e condenar genericamente.³⁶¹

A sentença executiva, por sua vez, inicia o trabalho de por em prática as diretrizes declaradas pela anterior. Normalmente, importa em diversas etapas, com a realização de discussões.³⁶²

A Corte Constitucional da Colômbia enfrentou, na década de 1990, diversos problemas de políticas públicas que chegavam sob a forma de ações individuais. Diante desta realidade, decidiu implementar um mecanismo que conferisse efetividade às suas decisões de impacto coletivo, denominado “amparo estructural”³⁶³, que é a via processual de declaração do que foi definido como “estado de cosas constitucional”. O conceito de estado de coisas inconstitucional evoluiu na jurisprudência colombiana desde 1997 quando o termo foi utilizado pela primeira vez.³⁶⁴

³⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 177.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 178.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 178.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 178.

³⁶² *Ibid.*, p. 178.

³⁶³ *Ibid.*, p. 191.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 191.

Mais recentemente, sentenças declararam que se trata de um *estado de cosas inconstitucional* quando: “*se presenta una repetida violación de derechos fundamentales se muchas personas – que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales -, y cuando la causa de esa vulneración no es imputable unicamente a la autoridade demandada, sino que reposa em factores estructurales*”.³⁶⁵

Para definir o *estado de cosas inconstitucional* levaram-se em conta alguns elementos como a violação coletiva de direitos constitucionais, a omissão prolongada das autoridades, tangente a esses direitos, a adoção de praticas inconstitucionais, a falta de expedição de leis pelo Poder Legislativo com o objetivo de evitar a violação de direitos.³⁶⁶

Depois de reconhecido e declarado o *estado de cosas inconstitucional*, o Judiciário deve ordenar as medidas necessárias para por fim à situação, tanto para o litigante, quanto para quem do mesmo direito deva usufruir.³⁶⁷

O caso dos *desplazados*³⁶⁸, já referido, é um exemplo de decisão estruturante tomado na Colômbia.

Através de uma ação coletiva, um grupo insatisfeito ante a inefetividade dos diversos provimentos judiciais tomados em casos análogos, ingressou com uma ação contra diversos órgãos da administração pública, alegando que as autoridades não estavam cumprindo com seu dever de proteção e reinserção dessa coletividade que foi forçada a abandonar seus domicílios. A Corte concluiu que a situação era de vulnerabilidade extrema e repetitiva, causada pela omissão do Estado em prover condições mínimas de dignidade e integridade, e declarou a existência de um *estado de cosas inconstitucional*.³⁶⁹

³⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Justicia Colectiva. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 178.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 192.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 192.

³⁶⁸ *Del desplazado. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público.* Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=340>>. Consultado em: 04 de março de 2016.

³⁶⁹ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 193.

A declaração da Corte colombiana obrigou as autoridades encarregadas de atenderem a população *desplazada* e alinharem as suas ações visando amenizar a questão.³⁷⁰

A decisão prolatada determinou uma série de ordens a serem executadas, direcionadas ao *Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada*, órgão encarregado de promover condições dignas a essa classe de pessoas. A decisão comunicou ao órgão governamental a declaração do *estado de cosas inconstitucional* e determinou que elaborasse um plano, concedendo um prazo para superar as próprias deficiências institucionais. Tais procedimentos foram desenvolvidos em diálogo entre o conselho de proteção a essa classe de vulneráveis, judiciário, e os representantes da classe, de forma a sanar as necessidades mais urgentes, dentro das possibilidades orçamentárias do conselho.³⁷¹

Sobre essa forma de atuação, Ricardo Lorenzetti sintetiza “es decir que si el presupuesto no alcanza, puede redefinirse el programa, pero con amplia participación comunitaria y garantizando siempre los derechos básicos”.³⁷²

Há outro caso relevante, também ocorrido na Colômbia, que diz respeito ao sistema público de saúde.

A Corte Constitucional da Colômbia, a partir de algumas ações reclamando do acesso ao sistema público de saúde, detectou que de fato o dever constitucional de prestar saúde estava sendo relegado pelas autoridades, e determinou que os 22 casos apresentados fossem solucionados. A decisão³⁷³ estruturante foi direcionada à administração pública, que foi obrigada a reformar as bases que não barravam a prestação de um serviço de saúde satisfatório.

O ponto mais relevante foi a ordenação da unificação dos dois planos obrigatórios de saúde existentes. A Colômbia foi um dos muitos países da América Latina que adotou nos anos 1990 uma reforma de saúde e privatizou parte do sistema. A chamada Lei 100, de 1993, facilitou na época a instalação de um amplo mercado de seguros de saúde e a formação de dois planos de saúde, os chamados Plano Obrigatório de Saúde, destinados aos empregados

³⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 194.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 195.

³⁷² *Ibid.*, p. 195 - 196.

³⁷³ *Ibid.*, p. 195 - 196.

do setor formal, e Plano Obrigatório de Saúde Subsidiado pelo Estado, para o restante da população. Esse modelo foi criticado durante anos, principalmente porque 88% (oitenta e oito por cento) da população estava coberta por um sistema que se dizia universal, mas não existia equidade de acesso.³⁷⁴

O caso é significativo do ponto de vista das decisões estruturantes, pois a partir dele se iniciou um diálogo entre os poderes, que possibilitou à Corte tomar conhecimento das dificuldades financeiras e estruturais do sistema público de saúde e, a partir destas limitações, determinar que a administração traçasse um plano de ação factível.³⁷⁵

Outro caso exemplificativo de decisão estruturante que enfrentou e buscou modificar as burocracias estatais é o *People's Union for Civil Liberties vs Union of India & Ors*³⁷⁶, de 02 de maio de 2003, versando sobre o direito fundamental à alimentação do povo indiano. No Estado de Rajasthan pessoas adoeciam e morriam pela escassez de alimentos, enquanto em outras localidades havia abundância de grãos estocados pelo Estado. A *People's Union for Civil Liberties*, no ano de 2001, protocolou pedido na Corte pugnando pela aplicação das diretrizes referentes ao combate à fome no país.³⁷⁷

No ano de 2003, a Suprema Corte indiana prolatou uma sentença, fundada no direito fundamental à alimentação, determinando que se cumprissem, em 03 meses, as diretivas referentes ao combate à fome, e que os grãos em excesso fossem redistribuídos às áreas mais necessitadas. Foi estabelecido um programa de divulgação para dar ciências às camadas mais afetadas da população, que não tinham acesso à informação, assim como que aos idosos e incapacitados fosse destinada alimentação especial com prioridade.³⁷⁸

Após essa decisão, iniciou-se na Índia uma campanha para erradicar a má distribuição de alimentos, com a união de esforços dos governos locais, que passaram a modificar os seus programas de forma a adequá-los à necessidade nacional.³⁷⁹

³⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 195 – 197 - 198.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 195 – 197 - 198.

³⁷⁶ Disponível em: <http://supremecourtfindia.nic.in/outtoday/report_cvc17092012.pdf> Acesso em: 02 de mar. De 2016.

³⁷⁷ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 195 – 197 - 198.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 195 – 197 - 198.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 195 – 197 - 198.

Outro caso também decidido pela Suprema Corte da Índia merece destaque. Trata-se da remoção de centenas de curtumes nas proximidades da cidade de Calcutá. O pedido original referia-se à contaminação do rio Ganges e a Corte adotou como medida a remoção destes curtumes que despejavam seus efluentes no rio.³⁸⁰

O pedido se lastreou no direito fundamental à água potável e o processo necessitou de diversas decisões no decorrer de sua execução, envolvendo diversas partes.³⁸¹

Inicialmente, foram ouvidas as indústrias situadas às margens do rio e determinado que elas implementassem um plano de purificação de efluentes. Parte destas indústrias se associou e investiu em laboratórios com a finalidade de verificar quais substâncias eram nocivas ao meio ambiente.³⁸²

Inobstante às medidas tomadas, a Suprema Corte verificou que os esforços isolados do meio empresarial, assim como do executivo, não eram suficientes, e que seria necessária uma participação da população que habitava as margens do rio.³⁸³

Também foi determinada a remoção dos curtumes que não implementaram planos de tratamento de efluentes das margens do rio.

Ainda que a Suprema Corte tenha reconhecido o desemprego que tal medida geraria, a mesma lastreou sua decisão no direito ao meio ambiente saudável, sobretudo pelas implicações na saúde das pessoas.³⁸⁴

Foram citados municípios também, para que elaborassem relatórios sobre as fontes de contaminação da região, e, paralelamente, traçassem um plano de recuperação do rio, dentro do prazo fixado. Determinou, ainda, que fosse proibida a instalação de novas indústrias, salvo se houvesse programa de tratamento de efluentes.³⁸⁵

³⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 195 – 201 - 205.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 195 – 201 - 205.

³⁸² *Ibid.*, p. 195 – 201 - 205.

³⁸³ *Ibid.*, p. 195 – 201 - 205.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 195 – 201 - 205.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 195 – 201 - 205.

Por fim, ainda no mesmo caso, uma decisão polêmica foi a que determinou ao governo que promovesse aulas relativas à proteção ambiental com o objetivo de conscientizar a população e erradicar o problema na raiz.³⁸⁶

Nos casos relatados, não foram poucos os desafios surgidos no caminho da efetivação do direito material em questão, mas todos foram enfrentados pela Corte conforme surgiram, que tratou de tomar medidas em conjunto com a administração pública, as partes envolvidas e a população.

Verifica-se dos casos, que as decisões buscavam o enfrentamento das *bureaucracies of the modern state* referidas por de Owen Fiss.³⁸⁷

Sendo uma decisão que se protraí no tempo, a medida estruturante é marcada pela existência de atos judiciais escalonados e a interferência na estrutura de entes públicos e privados.³⁸⁸

Vislumbra-se das decisões complexas, especialmente no direito público, mas também em relações de direito privado, a possibilidade de se agregar maior efetividade à fase de execução.

Obrigando o juiz a escolher entre apenas duas soluções vai levá-lo, em diversos casos, a cometer injustiças³⁸⁹, como nos casos mencionados de deferimento de tratamento médico de valor elevado, ou da reintegração de posse de área rural em detrimento de assentados. Ambos os casos implicam em prejuízo a alguém.

Demandas levadas a juízo nos dias de hoje assumem contornos que a estrutura clássica não dá conta. Se a dinâmica das relações sociais e econômicas evolui, também deve acompanhá-lo o sistema judiciário e suas instituições.

³⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 195 – 201 - 205.

³⁸⁷ FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication ans its alternatives**. An introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003 p. 288.

³⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em:

<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 de mar. de 2016. p. 1.

³⁸⁹ *Ibid.*, Disponível em:

<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 de mar. de 2016. p. 3.

Sérgio Cruz Arenhart refere que “sem dúvida alguma, a estrutura tradicional do direito processual é, aqui, a responsável por obnubilar a visão do magistrado, impedindo uma visão completa do problema e, conseqüentemente, uma decisão adequada da controvérsia”.³⁹⁰

A decisão estruturante é uma decisão que deve aderir à realidade temporal e local, como no exemplo do caso racial norte-americano. A partir da ordem emanada pela Suprema Corte, os esforços conjuntos dos órgãos jurisdicionais locais foram no sentido de concretizar o plano determinado pela Corte máxima, a ser definido em conjunto com as instituições, como prefeitura, escolas etc., com a finalidade de eliminar todas as formas de racismo.

Melhor definição se encontra em Arenhart, que refere provimentos cascata, que são proferidos de forma a resolver os problemas conforme surjam.³⁹¹

É característico das decisões estruturantes, portanto, a prolação de uma decisão matriz que fixará as linhas gerais para a proteção do direito a ser tutelado, constituindo um núcleo que estabelecerá as diretrizes dos provimentos que serão necessários para o enfrentamento dos problemas que surgirão no decorrer da implementação da decisão principal.³⁹²

Essa decisão escalonada pode delegar funções a outros órgãos, seja de execução ou fiscalização, assim como nomear profissionais para acompanharem ou, até mesmo, esboçarem o plano de cumprimento, constituindo o que Ricardo Lorenzetti definiu como microinstitucionalidade.³⁹³

³⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. > Acesso em: 04 de mar. de 2016. p. 5.

³⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. > Consultado em: 04 de mar. de 2016. p. 11.

³⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. > Consultado em: 04 de mar. de 2016. p. 12.

³⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 186.

Pode-se, ainda, estabelecer um cronograma de atividades conjuntamente com a administração pública, de acordo com as necessidades e possibilidades dela, de forma a preservar a sua discricionariedade, assim como orçamento.³⁹⁴

Como em uma falência, que conta com a figura de um administrador, pode-se nomear um profissional para acompanhar o andamento.

Na linha adotada por FISS, sabe-se que o Estado é dotado de entes burocratizados que afetam a vida pessoal do cidadão. No entanto, tal burocracia não pode se sobrepor aos direitos constitucionalizados, devendo, pois, os valores existentes no texto constitucional serem preenchidos e alcançados. É a isso que se propõem as medidas estruturantes: o enfrentamento e superação dos entraves burocráticos existentes nas instituições estatais que barram o acesso aos direitos.

O STF deve tomar medidas mais efetivas para a concretização dos direitos das minorias, cuja tutela, nas palavras de Eduardo Appio “é uma fonte adequada de responder aos problemas da democracia e, com esse sentido, o sistema judicial norte-americano é um (bom) exemplo a ser seguido no Brasil”.³⁹⁵

³⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual brasileiro. Disponível em:

<<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Consultado em: 04 de mar. de 2016. p. 14.

³⁹⁵ APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 381.

CONCLUSÕES

O estudo desenvolvido objetivou trabalhar um novo paradigma do processo civil, a saber, de um processo civil constitucional, mais especificamente com relação às tutelas de direitos transindividuais e as dificuldades da efetivação de suas decisões. Diz-se processo civil constitucional porque à ciência do processo da atualidade não cabe mais a roupagem de fim em si mesmo, mas sim de um instrumento que deve refletir os princípios e valores constitucionais.

Este modelo que concebe o processo enquanto ciência, enquanto instrumento de persecução de direitos, é fruto da evolução das relações sociais que se deu amparada em fatos históricos de relevância.

Portanto, partiu-se da análise do contexto histórico, político e social, sobretudo a partir do surgimento do ideário liberal individualista e sua influência na construção dos modelos de jurisdição e de processo existentes na época. O marco histórico inicial é o declínio do Antigo Regime, que marcou o fim do absolutismo.

Buscou-se demonstrar que a matriz individualista que se desenvolveu após a queda do Estado absolutista foi suficiente para responder aos direitos que a população clamava àquela época. Se, para barrar os desmandos do soberano, foi preciso, primeiro, elevar os direitos de cada indivíduo, hoje, visto que o cenário é outro, tal modelo não se mostra inteiramente suficiente.

Enquanto que nos séculos XVIII e XIX a função do Poder Judiciário de proteger o indivíduo contra as arbitrariedades do governante, o século XX, marcado por fatos históricos de relevância, como as duas Guerras Mundiais, deu azo ao surgimento de direitos que exigiam uma atuação prestacional por parte do Estado. Não bastava mais ao Estado se abster de atuar, mas deveria ele ir além, agindo no sentido de prover as

necessidades da sociedade.

O positivismo jurídico que se elevou no Estado liberal como forma de limitação do poder estatal e afastou o Direito do mundo dos fatos, limitando o julgador a mero aplicador do direito escrito, marcou uma fase de supremacia do legislativo. O juiz não criava, mas apenas aplicava o Direito criado pelo Parlamento.

Se reconhece que, tanto o modelo de jurisdição existente nos séculos XIVIII e XIX, quanto o ora existente, decorrem da necessidade do Poder Judiciário, enquanto poder estatal, dar resposta aos anseios sociais de cada época.

O neoconstitucionalismo do século XIX marca a sobrelevação dos direitos fundamentais em detrimento daqueles direitos individuais que estavam em foco algumas décadas antes. E são esses Direitos fundamentais, clamados pela sociedade, que começaram a desprender o julgador da lei escrita, na medida em que precisa ele dar valor aos princípios constitucionais para dar concretude a elas, o que atribui a eles, julgadores, uma função interpretativa e criadora do Direito.

Neste contexto, começa a surgir uma nova faceta do Poder Jurisdicional que se defende no presente trabalho. Se os julgadores precisam aplicar a lei sob a égide da constituição, inevitavelmente se atribui a eles um papel interpretativo da Lei. A partir do reconhecimento desse papel interpretativo do Direito incumbido aos julgadores é que se buscou demonstrar a viabilidade da aplicação do instituto surgido no direito norte-americano, conhecido como medidas estruturantes, como meio a tornar efetivas as tutelas coletivas de direitos.

Ou seja, o juiz da atualidade, munido dos poderes que a lei processual lhe outorga, pode recorrer a esse modelo de decisões estruturantes com o objetivo de fazer tornar concreta a prestação jurisdicional nas tutelas coletivas de direitos.

Tanto o código de processo civil de 1973, quanto o código de 2015, atribuem ao juiz uma série de poderes que lhes confere certa autonomia na fase de concretização, de alcance, do bem da vida pretendido.

As tutelas coletivas foram trabalhadas como o cenário ideal para a adoção de decisões estruturantes, por serem processos de maior relevância jurídica, social e econômica, e suas decisões atingem grupos, não apenas indivíduos.

Alguns casos práticos nos moldes do que defende este trabalho foram trazidos com o objetivo de demonstrar a viabilidade da aplicação das medidas estruturantes no sistema judiciário brasileiro, assim como dos maiores êxitos que podem propiciar.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **El argumento político en favor de los tribunales constitucionales. La política del diálogo liberal.** Barcelona: Gedisa, 1999.

AMARAL, Guilherme Rizzo. MACHADO, Fábio Cardozo (org.). **Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

_____. **Tutela coletiva de interesses individuais.** Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Decisões estruturais no direito processual brasileiro.** Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Consultado em: 04 de março de 2016.

ASSIS, Araken. **Cumprimento da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, **Bryant**. **Acesso à justiça**. traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Tradução de: *Acess to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (coord). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. **Harvard Law Review**, vol. 89, nº 7, p. 1281-1316, may 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Instituições de direito processual civil**, 3^a edição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. (Org). **New perspectives for a common law of Europe. Introduction**”. Firenze: Le Monnier, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. 2. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1938.

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

_____. **Elementos de teoria geral do estado**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17^a ed. Salvador: Jus Podvim, 2015.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. **Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil**. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GOMES, Fábio Luiz. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **A dimensão da magistratura no estado constitucional de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001

FISS, Owen M. RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives. An introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

_____. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Traduzido por Carlos Alberto de Salles *et. al.* São Paulo: RT, 2004.

_____. **The forms of justice**. *Harvard law review*. nov.-79, vol. 93, n. 1.

GUIMARAES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. São Paulo: Paz e terra, 2008.

JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Medidas estruturantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LEFEBVRE, Georges. **La revolución francesa y el império (1787-1814)**. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Justicia Colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim. MACEDO, Fernanda dos Santos. **O direito processual civil e a pós-modernidade**. Disponível em: <http://www.professoraelaine.com.br/index.php/artigos/40-o-direito-processual-civil-e-a-pos-modernidade>>. Consultado em: 10 de dezembro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**.

_____. **Novo curso de processo civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Novas linhas de processo civil.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria geral do processo.** 4. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

_____. **Tutela específica. Artigos 461, CPC e 84, CDC.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil.** São Paulo: Dialética, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 6. Ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução Cristina Murachco. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril cultural, 1973.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro De. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

_____. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de processo civil**. Volume I (processo de conhecimento). 3ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michelle. **Processo civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. O controle jurisdicional das decisões políticas. Série processos coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutelas de direitos coletivos e tutelas coletivas de direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Processo coletivo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: A virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2005. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 407. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>
Acesso em: 02 de mar. de 2016.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br