



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano I, Vol.I, n.2, abr./jun., 2010.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/04/2010.

Data de reformulação: 15/05/2010.

Data de aceite definitivo: 28/05/2010.

Data de publicação: 20/06/2010.

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Esp. Adriana Monteiro Ramos¹

1. INTRODUÇÃO

Diante do fenômeno da coletivização dos direitos, intensificou-se a participação do Poder Judiciário em questões de grande relevância social, chamado a decidir demandas de cunho coletivo mediante análise não apenas da regra posta, mas, sobretudo, dos contextos sociológico, cultural, político e econômico nos quais imersos a sociedade.

Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem aos juristas, na atualidade, decorrem da massificação. As respostas anteriormente oferecidas pelo sistema aos conflitos intersubjetivos (tradicionais conflitos individuais) são insuficientes a esta nova realidade.

Por isso, ao pretender oferecer soluções mais efetivas aos novos litígios deduzidos em juízo, o Poder Judiciário compreendeu ser imprescindível mudar a forma de interpretar a Constituição e as leis. Aproximar-se da realidade tangível, assumindo posição central no cenário político e social tornou-se uma exigência para a Jurisdição. Como consequência, o judiciário encampa o papel de instrumento para uma ordem jurídica 'justa' e não somente jurídica, buscando conferir a máxima concretude das normas.

Para enfatizar que, principalmente, a partir da crescente coletivização das demandas, o Judiciário brasileiro passou a viver uma fase paradigmática, voltada para a efetivação de pretensões constitucionalmente asseguradas, a abordagem do tema inicia-se com a análise do conceito de ações coletivas, destacando-se o interesse social do qual são inseparáveis. Após, serão elencadas algumas espécies de ações coletivas legalmente previstas em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, procurar-se-á compreender os fenômenos da Judicialização e do ativismo judicial, destacando-se: em relação ao primeiro, a posição central assumida pelos órgãos julgadores na solução dos principais problemas que afligem a coletividade, não tratados com a devida atenção pelos demais poderes; e, em relação ao ativismo, a atuação proativa do referido órgão, comprometido com a ampla interpretação das normas constitucionais, sobretudo porque, no âmbito das ações coletivas, a adequada prestação jurisdicional promove, em razão de sua abrangência, o amplo acesso à justiça, princípio fundamental na realização do Estado Democrático de Direito.

Ao final, serão feitas algumas considerações sobre a crescente intervenção judicial no âmbito das ações coletivas e a necessidade de alguns limites serem respeitados como forma de preservação do sistema jurídico.

¹ Pós-graduada em processo civil pela Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO; Mestranda em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão preto - UNAERP. Defensora Pública – AM

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS

A ação, para a teoria geral do processo, é conceituada como o direito disponibilizado às pessoas de exigir do Estado-Juiz a devida prestação jurisdicional. Direito constitucionalmente assegurado (art.5º., inciso XXXV, CF), que se materializa na relação jurídica processual estabelecida a partir da apresentação do conflito de interesses em juízo e desde que presentes as condições da ação (legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido).

Segundo MARINONI (2008, p.185-186), o direito de ação, na atualidade, relaciona-se também com o direito de acesso à Justiça, altamente comprometido com a realidade social, sendo insuficiente sua previsão constitucional se não acompanhada de garantias que possibilitem esse acesso; principalmente “quando da consagração constitucional dos ‘novos direitos’, ocasião em que a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou ainda mais evidente”² (grifo do autor).

Também defendendo a existência de mecanismos mais efetivos de acesso à Justiça, afirmam CAPPELLETTI e GARTH (1988, p.11-12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O conceito de ação também pode estar associado ao tipo de demanda pretendida: ação de conhecimento, ação de execução, ação cautelar e, mais especificamente, ação individual em contraposição à ação coletiva.

O processo civil brasileiro, tradicionalmente, tem a ação individual como o centro do sistema. Ao indivíduo lesado confere-se a titularidade para ajuizar ação destinada à solução de sua pretensão (art.6º do Código de Processo Civil) e a decisão proferida alcançará, via de regra, as partes que tenham litigado na referida demanda (art. 472 do CPC). Trata-se da velha (mas nunca obsoleta) ‘fórmula’ credor *versus* devedor, em que o próprio credor, titular do direito material violado, transfere ao Judiciário a solução da lide. O processo é utilizado, neste caso, como instrumento de solução de uma disputa travada entre partes privadas, visando ao restabelecimento dos direitos – também privados – violados.

² A sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda transformação dos direitos e da sua forma de atuação. Os direitos desde sempre conhecidos em razão de sua singularidade assumem novos contornos, ampliando-se. Os novos direitos estão vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Tratados como direitos de terceira geração (de solidariedade) e caracterizados por sua ‘transindividualidade’, pertencem não mais ao indivíduo, mas sim a toda coletividade (por exemplo, direito ao meio ambiente saudável, direitos dos portadores de necessidades especiais, dos consumidores, dos idosos etc.)

A regra da singularidade da demanda é excepcionada pela possibilidade de propositura de *ação coletiva*. Ajuizada por um ente coletivo legitimado, e não pelo autor lesado, em defesa de direitos que transcendam ao caráter meramente individual (direitos metaindividuais), as demandas coletivas tutelam direitos pertencentes à coletividade, esta sim titular do direito material violado (afirmado).

Por meio das ações coletivas, cujo sistema convive harmônica e concomitantemente com o sistema do código processo civil – o ordenamento jurídico oferece soluções revolucionárias e eficazes aos novos conflitos decorrentes da massificação da sociedade³.

Ainda sobre as peculiaridades dessas ações de massa, GIDI (2004, p. 31) defende que para uma ação ser considerada coletiva é preciso que ela tenha sido promovida por “[...] um representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a um grupo de personas (objeto del litígio), y cuya sentencia obligará al grupo como um todo (cosa juzgada)”.

A demanda coletiva pressupõe, dessa forma, que a legitimidade para sua propositura seja realizada por entes coletivos (previsão legal); que o alcance da sentença de procedência proferida nas demandas de massa seja amplo (coisa julgada diferenciada); e que a tutela coletiva destine-se à defesa de bens jurídicos de elevada relevância, a exemplo do meio ambiente, saúde, educação, patrimônio público etc. Adotando a mesma premissa, ALMEIDA (p. 541, 2003) afirma que:

A ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão⁴ -, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.

Nesse contexto, é irrelevante o número de pessoas que façam parte da relação processual (pólo ativo da demanda) e que optem pelo ajuizamento conjunto da ação em defesa de suas pretensões de caráter individual (litisconsórcio ativo). Neste sentido:

O fenômeno, conhecido como litisconsórcio, seja ativo, seja passivo ou misto, é típico do processo individual, na medida em que significa a mera cumulação de demandas singulares. Diante de fatos com repercussão sobre grupos pequenos, o litisconsórcio pode, por certo, representar um meio viável e econômico para a resolução da lide. Mas, diante da massificação moderna, na qual os conflitos e a questões jurídicas e fáticas envolvem milhares ou milhões de pessoas, clara é a incapacidade do fenômeno litisconsorcial para a efetivação da prestação jurisdicional no âmbito coletivo. (MENDES, 2002, p.24).

³ A influência das demandas coletivas é tão marcante na sociedade moderna que as vantagens de seu manuseio (a exemplo da ampla abrangência das decisões coletivas, maior acesso à justiça, celeridade processual etc.) tendem a ser positivadas no processo civil tradicional, que passará a priorizar a sua tramitação sempre que possível. Com efeito, a Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato n. 379, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009, em fase anterior à elaboração dos dispositivos, apresentou, entre as proposições temáticas, a previsão de incluir, dentro da Parte Geral, em parte própria à legitimidade para agir, um incidente de coletivização (nome provisório), referente à legitimação para as demandas de massa, com prevenção do juízo e suspensão das ações individuais.

⁴ Via de regra, a ação coletiva é ajuizada por um ente legitimado (previsão legal). Excepcionalmente, na ação popular, modalidade de ação coletiva, o legitimado à sua propositura é o cidadão (art.5º., LXXIII, da Constituição Federal).

De um modo geral, a natureza de demanda coletiva está ligada à *matéria litigiosa* nela discutida, e não à quantidade de autores que figurem no pólo ativo. É a pretensão coletiva que gera a natureza coletiva de uma ação. E esta pretensão coletiva está intimamente relacionada com a noção de *interesse público*. Ou seja, interesses que ultrapassam a noção de individualidade, pois:

[...] 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, histórico e cultural (...) – (DIDIER, 2009, p.35)

Destaque-se que o interesse público a que nos referimos não é o mesmo presente na clássica dicotomia interesse público (o indivíduo em relação ao Estado) e interesse privado (os indivíduos em inter-relação) (ALMEIDA, 2008, p.378). O interesse público peculiar às demandas coletivas é o interesse pertencente à sociedade, a quem importa a defesa do ‘interesse público primário através dos litígios cíveis’ (DIDIER, 2009, p.36). Interesses de ordem social e pública, os quais devem ser essencialmente perseguidos pelos poderes estatais, no sentido de promover o bem geral, de fazer valer os interesses coletivos prevalentes na sociedade, com proteção do Estado Democrático de Direito.

A ação é considerada coletiva, portanto, porque proposta por um ente legitimado, em favor de um grupo determinado (ou determinável) de pessoas, em defesa de uma pretensão coletiva, sempre norteadada pelo interesse público.

Entre as modalidades nominadas de ações coletivas presentes em nosso ordenamento jurídico, destacam-se a ação popular (Lei n.4.717/65), a ação civil pública (Lei n.7.347/85), a ação de improbidade administrativa (Lei n.8.429/92), o mandado de segurança coletivo (Lei n.12.016/2009), a ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (Lei n.9.868/99) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.882/99).

As ações acima elencadas não esgotam as formas de tutela de direitos coletivos ou de tutela coletiva de direitos individuais (ZAVASCKY, 2006, p.29-58) porque a sua natureza coletiva não se associa à nomenclatura, e sim à pretensão coletiva que visam a tutelar.

No que se refere às ações diretas (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), também elas possuem natureza coletiva. Mesmo restritas à análise de questões objetivas, o interesse público lhes é inerente.

Não é porque uma ação discute, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma norma em abstrato e com ausência de partes diretamente interessadas e de fatos concretos, que ela deixará de ser coletiva. Na verdade, essa circunstância potencializa a sua natureza coletiva, pois a defesa da norma em abstrato é medida que interessa a toda coletividade (direito difuso), garantindo a sobrevivência do Estado Democrático Constitucional.

Assim, enquanto o *objeto material* do *direito processual coletivo comum* é a resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude – é, portanto, a proteção de *direito coletivo subjetivo*, no *direito processual coletivo especial* o *objeto material* é o controle em abstrato da constitucionalidade – é a tutela jurisdicional exclusivamente do *direito objetivo*.

No *direito processual coletivo especial*, portanto, não há tutela jurisdicional de direito subjetivo, mas de direito objetivo. Não se julga lide no controle concentrado da constitucionalidade, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional,

especialmente no que tange ao Estado Democrático de Direito, contra as investidas normativas com ela incompatíveis. (ALMEIDA, p.160-161, 2003)⁵

Compreendido o conceito de ações coletivas e enumeradas algumas de suas modalidades, analisemos a influência dessas demandas na transformação do pensamento jurídico e na atuação do Judiciário brasileiro.

3. A JUDICIALIZAÇÃO A PARTIR DAS AÇÕES COLETIVAS.

A promulgação da Constituição de 1988, além de consolidar a juridicidade das normas constitucionais no Brasil, fortaleceu as garantias conferidas às instituições de direito público, responsáveis pela administração de assuntos públicos. Esta ascensão da normatividade constitucional também fortaleceu o Poder Judiciário, conferindo-lhe independência na hora de proferir suas decisões.

Não por acaso temos acompanhado um Poder Judiciário mais participativo, ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social e política, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por motivos diversos, não vinham sendo concretizadas.

A *judicialização*, portanto, envolve essa transferência de poderes aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir as lides que afligem a sociedade, nos limites dos pedidos formulados e tendo a Constituição como parâmetro. É a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que possibilita a ascensão da ‘judicialização da vida’, na feliz expressão de BARROSO (2009a, p.332).

Essa centralidade assumida pelo Poder Judiciário reforçou a confiança depositada pela Sociedade nas instituições e intensificou a procura do cidadão por esse poder (seja de forma direta ou, indiretamente, através dos legitimados coletivos – substitutos processuais). A conscientização política do cidadão e, principalmente, o surgimento de novos instrumentos processuais, dentre os quais merecem destaque as ações coletivas, contribuíram para o aumento das demandas submetidas ao seu crivo.

Em relação às ações coletivas, esse aumento pode não ser tão expressivo se comparado à quantidade de ações individuais que tramitam na justiça brasileira, mas é certamente expressivo em relação ao número de pessoas que poderão ser beneficiadas por uma única decisão coletiva favorável (maior acesso à justiça); à economia processual gerada (tramitação de uma ação coletiva ao invés de milhares de ações individuais com idêntico objeto) e à rapidez na prestação jurisdição (proporcional à complexidade da demanda e convergindo esforços em sua análise).

BARROSO (2009a, p.332) aponta três causas para a judicialização da vida no Brasil: (1) a redemocratização do país; (2) a constitucionalização abrangente; e (3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que se refere à primeira causa, (1) *a redemocratização do país*, observa-se que, a partir da Constituição de 1988, houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Tem-se, então, um judiciário voltado a dar concretude à Constituição e às leis,

⁵ O autor utiliza as expressões “direito processual coletivo especial” e “direito processual coletivo comum” para designar, respectivamente: a) o ramo do direito coletivo que se destina exclusivamente à tutela do direito objetivo (norma em abstrato); e b) o ramo do direito coletivo que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo, cuja defesa, exemplificativamente, pode ser feita através da ação civil pública, da ação popular etc.

ainda que nesse processo de ‘interpretação e concretização do direito’, a norma de decisão criada pelo intérprete autêntico, que é o magistrado (GRAU, 2009, p.29), contrarie aos interesses e às funções precípua dos demais poderes.

Aliado à atuação intensa e efetiva do judiciário tivemos o crescimento do Ministério Público, que deixa a posição exclusiva de órgão acusador, para ocupar-se de questões relacionadas ao interesse social; e a ascensão das Defensorias Públicas Estadual e da União. Por meio desta essencial instituição (art.134 da CF), o cidadão tem acesso ao Judiciário e consegue postular a adequada prestação jurisdicional: de nada adiantaria um Judiciário forte sem um cidadão participante.

Some-se ao crescimento institucional dos órgãos acima mencionados – legitimados coletivos - a possibilidade de direitos pertencentes a toda sociedade (ou à parte dela) poderem ser tutelados por meios de ações coletivas. Lesões a direitos coletivos, agora, possuem instrumentos eficazes de defesa.

Portanto, a redemocratização do país engloba um Judiciário forte, instituições de defesa dos interesses sociais igualmente fortalecidas e instrumentos processuais que acompanhem aos anseios da sociedade de forma efetiva, com respostas céleres, econômicas e adequadas.

É notória a contribuição das ações coletivas para a redemocratização do país. Por meio delas, o judiciário consegue atuar em questões de grande repercussão de forma mais célere e econômica (uma ação coletiva substitui milhares de ações individuais, com otimização do tempo para sua análise), tutelando o direito de milhares de pessoas (meio adequado e amplo acesso à Justiça).

A segunda causa da judicialização refere-se à (2) *constitucionalização abrangente*. A inserção de questões políticas no texto constitucional foi uma grande preocupação do constituinte originário, posteriormente, seguida pelo reformador. O país ainda estava traumatizado pelos anos de escuridão vividos. Mais de 20 anos de ditadura militar foram suficientes para intensificar o sentimento de desconfiança do cidadão em relação aos governantes. Era preciso constitucionalizar determinadas matérias, e assim dar-lhes contorno de Direito.

Importante destacar que a onda de constitucionalização, em verdade, associa-se à noção de normatividade constitucional. Transforma-se Política em Direito porque a norma inserida na Constituição passa a ter *status* de direito subjetivo, desencadeando pretensão acionável mediante ação judicial. Mais que isso, a previsão constitucional muda o foco da exigibilidade: as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição. Segundo exemplo apontado por BARROSO (2009a, p.333):

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira causa de judicialização decorre do sistema misto de (3) *controle de constitucionalidade*, que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal - autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ambas as formas de controle podem ser realizadas no âmbito das ações coletivas:
a) O *controle concentrado* é inerente às ações diretas [ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de

descumprimento de preceito fundamental (ADPF)], que têm natureza de ação coletiva; e b) as ações coletivas em geral podem ser utilizadas como instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade.

A judicialização da vida no Brasil, portanto, impulsionada pela redemocratização do país, pela constitucionalização abrangente e pelo o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, reflete uma realidade incontestável: é no Judiciário que terminam desaguando, pela via das ações coletivas, os problemas de grande repercussão social e política não solucionados pelos poderes executivo e legislativo.

Confirmando a tendência atual de judicialização da vida, vejamos algumas decisões em sede de ações coletivas:

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, recentemente, foram ajuizadas duas ações de repercussão nacional (ações diretas), as quais refletem a importância do judiciário e das demandas coletivas no destino do país:

(1) ADI 3.150 – pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art.5º. da Lei de Biossegurança, que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias. Na referida ação, houve, inclusive, participação da sociedade na discussão da matéria, o que não ocorreu antes da entrada em vigor da lei.

(2) ADC 12/2005 - Pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução n.7 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do judiciário.

Ações coletivas de caráter subjetivo e de grande relevância social e política também chegam diariamente ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, a partir das normas constitucionais, tem adotado posicionamentos altamente favoráveis aos reclamos sociais:

ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. *A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.* Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. *Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. ACP. Controle judicial. Políticas públicas. Recurso Especial n.º 1.041.197-MS. Relator Ministro Humberto Martins. J. 25/08/2009.) (grifo nosso)

A judicialização da vida a partir das ações coletivas é realidade igualmente vivenciada no dia-a-dia das instâncias ordinárias. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São

Paulo concedeu efeito ativo ao Agravo de Instrumento de n. 173 497 – 0/5-00, ajuizado contra decisão denegatória de tutela antecipada, nos autos de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A decisão determinou ao Município de Ribeirão Preto que mantivesse a prestação de serviços de creche e de pré-escola de forma contínua, mesmo no período de férias escolares. A questão, sem sombra de dúvidas, não necessitaria ser levada ao judiciário caso a Administração Municipal realizasse sua missão constitucional. De igual modo, o judiciário não poderia abster-se de tutelar o direito constitucional reclamado, escondendo-se por trás de dogmas ultrapassados, a exemplo da discricionariedade administrativa, para negar um direito fundamental.

4. O ATIVISMO JUDICIAL NAS DEMANDAS COLETIVAS

Há uma tendência em confundir-se o ativismo judicial com a judicialização. Apesar da semelhança entre os institutos, estes não se confundem, pois originados de causas imediatas diversas.

A judicialização é uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, intensificada principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Consiste em uma reação do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes, que deixaram de responder aos anseios sociais. A partir dessa baixa produtividade do Executivo e Legislativo, os órgãos jurisdicionais passam a prolatar decisões em *questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição*. As normas de decisões (GRAU, 2009, p.102-103) observam o pedido formulado (congruência), não cabendo ao Poder Judiciário abster-se de julgar o caso concreto. Prevalece, aqui, a vontade do constituinte em promover o acesso à Justiça efetiva.

O ativismo judicial, por sua vez, decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com *expansão de seu alcance e sentido*. Em busca da máxima extensão da normatividade constitucional, amplia-se o poder conferido ao Judiciário, tornando-se possível a concretização dos valores e fins constitucionais. No ativismo, há exercício deliberado de vontade política. O juiz, valendo-se de novas teorias interpretativas, seja o neoconstitucionalismo normativo, seja o neoconstitucionalismo total (MOREIRA, 2009, p.447)⁶, amplia, ao máximo, o alcance da normatividade constitucional, para preencher o vazio deixado pelos demais poderes.

⁶ *Neoconstitucionalismo teórico (normativo)* - possui como defensores, dentre outros, Luiz Pietro Sanchís e, no Brasil, Luís Roberto Barroso. Entre suas características, destacam-se: a onipresença da Constituição e sua força invasora, influenciadores do parâmetro interpretativo, da teoria da norma e das fontes do direito (questões estritamente jurídicas). O novo modelo defende a conexão entre direito e moral. Os princípios constitucionais são analisados sob a ótica da argumentação jurídica. O ponto de vista para análise do sistema considera o participante interno e ativo. Defende-se a constitucionalização do direito. *Neoconstitucionalismo total (forte)* – defendido por Alfonso Figuerola, Robert Alexy etc. Parte da ideia de que o ordenamento jurídico é, conjuntamente, regido pelo direito constitucional e pela filosofia do direito. Aceita as premissas do neoconstitucionalismo teórico, inserindo algumas modificações (avanços). Considera que a configuração do neoconstitucionalismo total depende da prévia sedimentação das bases do neoconstitucionalismo teórico. Para a referida teoria, direito, moral e política são conexos, o que autoriza a sua interferência nos demais poderes. Propõe-se a existência de uma teoria política do Estado (estado real de direito) e estende-se a compreensão de Direito, não apenas a regras escritas, mas também aos princípios implícitos, sendo tarefa da jurisdição encontrá-los e realizá-los em suas decisões. Nesse particular, o modelo defende a aplicação dos princípios (diretrizes constitucionais) ao caso concreto de forma contínua, mesmo

Para melhor compreendermos a distinção entre judicialização e ativismo, pensemos no exemplo citado no tópico anterior, onde se destacou a ADC n.12/2005, cujo objeto consistia na declaração de constitucionalidade da Resolução n.7 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que vedou o nepotismo do âmbito do judiciário.

A ADC n.12/2005, como afirmado, retrata hipótese de judicialização. Na decisão prolatada, o STF, com base no art.103-B, §4º., incisos I e III, da CF, reconhecendo a competência do CNJ para zelar pela observância do art.37 da Constituição e apreciar a validade de atos administrativos praticados no âmbito do Poder Judiciário - e, portanto, *aplicando diretamente dispositivos constitucionais* -, declarou a constitucionalidade da norma.

Alguns meses depois, a Corte Suprema editou a Súmula Vinculante n.13, estendendo a vedação do nepotismo para *toda a administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (precedentes: ADI 1521, ADC 12, MS 23780 e RE 579951). O fundamento dessa ampliação residiria na *prescindibilidade de lei formal* para a configuração da referida ilicitude, pois a prática do ato violaria os princípios contidos no art.37 da Constituição Federal.

Note-se que nesse segundo momento a vedação do nepotismo decorreu de uma opção feita pelo poder judiciário, representado pelo pleno do STF, diante da omissão do Poder Executivo e Legislativo, que não editaram normas vedando a prática imoral e ainda eram coniventes com a mesma. Inexiste no texto constitucional norma proibindo o nepotismo nos referidos poderes. “O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa” (BARROSO, 2009a, p.336). Esta, certamente, é uma postura de ativismo judicial.

No caso da Súmula vinculante n.13, o STF aplicou a Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária vedando o nepotismo.

O ativismo judicial, dessa forma, está associado às seguintes condutas: [a] *aplicação direta da Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária autorizando* (ex: súmula vinculante n.13); [b] *declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com base em critérios menos rígidos que os de violação ostensiva à Constituição*; e [c] *interferência em questões de políticas públicas, impondo-se ações ou abstenções ao Poder Público* (exemplos: obrigatória distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos médicos; a imposição aos Municípios para criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor de crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola - RE 410715 AgR /SP); ou a determinação à Municipalidade para que mantivesse a prestação de serviços de creche e de pré-escola de forma contínua, mesmo no período de férias escolares (Agravo de Instrumento n. 173 497 – 0/5-00 – TJ/SP)

Especificamente sobre a realização de políticas públicas, onde há intensa atuação judicial, manifestou-se STRECK (2007, p.25):

Por eso, he concluido, que las cuestiones ligadas al cumplimiento de las tareas sociales como la formulación de las respectivas políticas en el Estado Democrático (y Social) de Derecho, no están relegadas solamente al gobierno y a la administración (Gilberto Bercovici), sino que tienen su fundamento em las propias normas constitucionales sobre

diante de regra reguladora. O ponto de vista é do participante interno, ativo e moral. A concretização da Constituição, segundo o modelo, aceita os critérios da razoabilidade e coerência.

derechos sociales: su observación por el Poder Ejecutivo puede y debe ser controlada por el Poder Judicial.

Ao ativismo judicial contrapõe-se a autocontenção, conduta prevalente em nosso ordenamento jurídico até a promulgação da CF/88 – infelizmente, ainda com alguns resquícios na atualidade - e caracterizada pelo conservadorismo do judiciário no processo de aplicação das normas constitucionais. Suas concepções são exatamente opostas àquelas preconizadas pelo ativismo: (i) a aplicação direta da Constituição apenas a casos expressamente previstos no texto, preferindo-se aguardar a lei ordinária reguladora da matéria, sem interferência na esfera de atuação dos outros dois poderes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade condicionada à violação direta da CF; e (iii) ausência de ingerência nas políticas públicas.

O ativismo judicial permite ao direito acompanhar a evolução da atual sociedade complexa, formada por novos conflitos, os conflitos de massa, que reclamam efetividade na prestação jurisdicional, principalmente em decorrência do alcance das decisões coletivas.

O momento é de ação e de mudanças. Não há mais espaço para pensamentos engessados. O positivismo foi superado pelas teorias neo-positivistas e a autocontenção judicial pelo ativismo judicial. A constante e crescente atuação do judiciário é fruto da omissão dos demais poderes, que deixando ao relento a realização de pretensões mínimas dos cidadãos, transferiu a concretização dos direitos reconhecidos na carta constitucional aos órgãos judicantes. Em menos de 25 anos, o constitucionalismo brasileiro saiu do anonimato ao estrelato, da ausência de normatividade, passando pela baixa normatividade, até chegar ao apogeu da máxima normatividade.

É verdade que essa nova concepção causa desconfiança, principalmente pelo receio de transformar-se Direito em Política (politização da justiça) e o Judiciário em um super poder, não sujeito a limitações, o que poderia comprometer a legitimidade democrática e a separação dos Poderes.

No entanto, é preciso experimentar para conhecer. Não podemos nos contentar com o velho apenas porque a ele nos acostumamos. Devemos oportunizar a chegada do novo, pois enquanto o velho não morre, o novo não nasce. E as decisões recentes do STF, STJ e Tribunais ordinários refletem esse desejo pelo novo. Se este não for o melhor modelo, ao menos, tem-se mostrado útil aos anseios sociais e por isso merece elogios.

Uma derradeira consideração: no âmbito das ações coletivas, da mesma forma que a conduta proativa do judiciário proporciona o acesso à justiça de forma ampla e efetiva em favor da coletividade lesada, a via inversa da autocontenção - em detrimento do ativismo judicial, importaria em negativa *abrangente* da *adequada* prestação jurisdicional: milhares de vítimas ficariam à margem dessa prestação.

Como pensar em tutela adequada dissociada da máxima interpretação constitucional ou associada apenas ao princípio da discricionariedade absoluta do administrador, que, mesmo se omitindo em realizar políticas públicas, não possa ser admoestado em respeito à separação dos poderes?

A postura ativista no âmbito das ações coletivas, portanto, permite muito mais que o amplo acesso à Justiça. Possibilita uma prestação jurisdicional *efetiva*, na medida em que, buscando a máxima interpretação das normas constitucionais, atende adequadamente aos anseios da sociedade contemporânea: globalizada, complexa e dinâmica.

5. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Inegável a atuação proativa do judiciário brasileiro nesta última quadra. As decisões proferidas, em sua maioria, foram necessárias e responderam às questões (de repercussão coletiva) que lhe foram submetidas sem usurpação da competência dos demais poderes. Interferências ocorreram, mas aplicando o Direito de forma moderada, respeitando seu livre processo de criação.

A atuação intervencionista do Poder Judiciário é fenômeno inerente à maioria das nações e, em todas elas, procura-se *tencionar os pólos opostos do ativismo e da autocontenção*, a fim de preservar a separação entre os poderes, o processo eleitoral, a democracia participativa e o constitucionalismo.

No Brasil, essa tendência mundial de equilíbrio também precisa ser seguida. A constatação de que a postura ativista tem sido antes uma garantia para a democracia do que um risco não deixa de impor *limites* à atuação do Poder Judiciário. Por isso, as críticas surgidas são justamente no sentido de não abrir demais o campo de atuação de um Poder e, simultaneamente, fechá-lo para os demais. Entre as principais críticas, destacam-se: (i) os riscos para a atividade democrática e a (ii) a indevida politização da justiça. Analisemos cada uma delas.

No primeiro caso, o argumento defendido pela corrente contrária ao ativismo judicial é no sentido de ser inaceitável que órgãos jurisdicionais (agentes públicos não eleitos, cuja atuação não decorre da vontade popular), possam prolatar decisões invalidando atos dos demais poderes ou impondo a realização ou abstenção de condutas aos mesmos. Haveria, portanto, uma *dificuldade contramajoritária* impedindo a sobreposição da vontade do órgão julgador em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Tal crítica, entretanto, não merece prosperar. A um porque o ativismo judicial não cria empecilho ao exercício da atividade democrática, pois a própria Constituição reconhece a legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões que invalidem atos dos outros poderes políticos, a exemplo do controle de constitucionalidade. Além disso, devemos destacar que a atuação dos magistrados no processo de criação do direito, apesar de imparcial, é de *co-participante*, pois a interpretação do Direito não se resume à mera subsunção dos fatos à norma, em um exercício puramente mecânico. Interpretar é complementar o sentido do texto normativo, levando em consideração o contexto espacial e temporal vividos e as peculiaridades do caso concreto.

A dois porque o Estado democrático de Direito ergue-se sobre dois pilares, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia. A democracia representa a soberania popular, o poder fundado na vontade da maioria; o constitucionalismo, o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais. É possível que a vontade da maioria ou conflite com direitos fundamentais ou acarrete atuação ilimitada de poder. Nessa situação, caberá Judiciário, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição, defender os direitos fundamentais e impor as necessárias limitações, ainda que sua interpretação contrarie a vontade dos representantes do povo.

Exemplificando, pensemos em decisão prolatada em ação coletiva, que determine ao Estado o fornecimento de tratamento médico imprescindível à sobrevivência de um grupo de cidadãos (indeterminados), sem condições de arcar com os custos elevados do referido tratamento. Prioriza-se o direito fundamental à vida em detrimento da vontade do administrador (eleito pela maioria). As finalidades constitucionais realizam-se sem comprometimento da democracia. Antes, promovem-na.

Outra consideração igualmente importante refere-se à necessidade de as decisões judiciais apenas interferirem no jogo democrático diante da omissão legislativa/executiva. A existência de normas constitucionais e infraconstitucionais regulando determinadas matérias limita a atuação do Poder Judiciário, que deve observá-las quando válidas, ainda que seu conteúdo pudesse ser melhor. Não se pode, a despeito de aplicar as normas constitucionais, ignorar o processo legislativo democrático, até mesmo porque a Constituição não é ubíqua, embora irradie sua essência por toda a sociedade. A atuação do legislador não poderá ser asfíxiada (SARMENTO, 2006, p.2-83).

Quanto à segunda crítica - indevida politização da justiça – inicialmente, defendemos a ideia de que embora Direito e Política pertençam a subsistemas diferentes, há uma constante troca de informações entre ambos – sem comprometimento das respectivas autonomias – o que proporciona a sobrevivência do primeiro na complexa sociedade em que vivemos⁷. Por isso, não é absoluta a ideia de Direito dissociado da Política.

Direito confunde-se com Política porque sua criação envolve a aplicação da *Constituição e de leis criadas pelos demais poderes* – representantes diretos da sociedade (maioria). Normas validamente elaboradas não podem ter sua aplicabilidade condicionada à vontade do Poder Judiciário.

Outra concepção política: o período pós-positivista exige que a interpretação/criação da lei compreenda a análise de regras (texto da norma) e da realidade social e temporal na qual os fatos encontram-se inseridos. O Direito, na atualidade, está distanciado da simplista e insustentável regra de subsunção absoluta. O processo interpretativo envolve certa dose de subjetividade dos julgadores, pois, apesar de imparciais, não são indiferentes à realidade social.

A tênue linha que, por vezes, separa o Direito da Política, evidentemente não implica em livres escolhas, discricionariedades ilimitadas dos magistrados, sem a necessária e plausível fundamentação. O Direito não se destina a favorecer os detentores do poder. Deve, sim, promover a Justiça, a segurança jurídica e o bem estar social.

Por isso, não se admite a prevalência da vontade dos órgãos jurisdicionais sem considerar as disposições normativas; por mais que a interpretação contemporânea envolva conceitos como ponderação de valores, tópica, noção de justiça, aplicação de princípios, normas com conceitos abertos, não pode o Juiz, a pretexto de aplicar o direito ao caso concreto, tornar-se um juiz filósofo (neoconstitucionalismo total), acima de tudo e de todos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (BARROSO, 2009a, p.342).

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. (BARROSO, 2009b, p.249).

⁷ A Teoria da Sociedade, de Niklas Luhman, compara a constante troca de informações entre os subsistemas sociais ao processo de autopoiese, inerente às ciências biológicas. Essa troca de informações, contudo, não compromete a autonomia dos subsistemas sociais.

6- CONCLUSÃO

Vive-se, atualmente, o florescer de uma nova fase, com um Judiciário proativo, preocupado em dar ampla e efetiva concretude às normas constitucionais. A omissão dos poderes Executivo e Legislativo frente aos anseios sociais, em desrespeito, principalmente, às normas voltadas à realização de interesses metaindividuais, não é mais tolerável. Não há mais tempo para esperar: o Judiciário passou a ser senão a única, certamente a mais eficaz, tábua de salvação para a realização dos anseios da coletividade.

E nesse cenário de mudanças, com o deslocamento do poder judiciário para o centro das atenções, é inegável o relevante papel desempenhado pelas ações coletivas, cuja realidade crescente na práxis forense tem-se revelado importante instrumento na aproximação entre o cidadão comum e o Estado-juiz.

A sociedade mudou e muda com uma rapidez jamais vista. A globalização econômica tornou mais complexas as relações sociais e um judiciário despreparado para tais mudanças seria um judiciário engessado, incapaz de atender aos reclamos da população.

Sociedade globalizada, relações complexas, demandas complexas, exigem respostas céleres, efetivas e menos onerosas (economia processual). Isso não significa que apenas as ações envolvendo pretensões de massa alcancem esses objetivos, mas sim que por meio delas amplia-se esse acesso à justiça, beneficiando-se milhares de cidadãos (ampla e adequada prestação jurisdicional).

Inversamente, julgar improcedentes referidas demandas, seja por falta de legislação ordinária (omissão do Poder Legislativo), seja a pretexto de não realizar políticas públicas (omissão do Poder Executivo), implicaria, contrariando a evolução interpretativa das normas, em negativa de acesso à justiça (efetiva) a milhares de outras pessoas; especialmente aquelas que vêm nas ações coletivas a via única de acesso à Justiça.

O paradoxo formado a partir da abrangência das ações coletivas (amplo acesso x negativa de amplo acesso), certamente, tem levado o judiciário a tornar-se mais atuante. Ainda assim, imprescindível a imposição de limites ao ativismo judicial como forma de preservar a segurança jurídica das relações sociais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da ‘summa divisio’ direito público e direito privado por uma nova ‘divisio’ constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional (os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 out.2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo (Vol. IV)**. 4.ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

GIDI, Antônio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil (um modelo para países de derecho civil)**. México: Universidade nacional autônoma de México, 2004.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2.ed. São Paulo: SRS editora, 2008.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo (de acordo com a Lei 10.444/02)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. Vol.1. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil - Processo de conhecimento**. Vol.2. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional** [Coleção Temas atuais de direito processual civil, v.4 - coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Do positivismo ao neoconstitucionalismo. 20 anos da Constituição Brasileira**. Coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Márcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva, p.440-454, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**- Vol.2. Rio de Janeiro: 2006.

STRECK, Lênio. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales – sociales**. Set. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 7 jul. 2009.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.