

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

Gabriele Gottlieb

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS AÇÕES COLETIVAS QUE
DEMANDAM POLÍTICAS PÚBLICAS NO FORO CENTRAL DE PORTO ALEGRE**

Porto Alegre
2011

GABRIELE GOTTLIEB

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS AÇÕES COLETIVAS QUE
DEMANDAM POLÍTICAS PÚBLICAS NO FORO CENTRAL DE PORTO ALEGRE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciência Política

Orientador: Professor Doutor Luis Gustavo Mello Grohmann.

Porto Alegre
2011

GABRIELE GOTTLIEB

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS AÇÕES COLETIVAS QUE
DEMANDAM POLÍTICAS PÚBLICAS NO FORO CENTRAL DE PORTO ALEGRE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciência Política

Defesa Pública em 26, de abril de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Gustavo Mello Grohmann

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Fabiano Engelmann

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Ligia Mori Madeira

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Juarez Freitas

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Porto Alegre
2011

Dedico este trabalho àqueles que crêm e lutam por um país melhor, onde homens e mulheres possam ser livres, porque têm a certeza de que são iguais.

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Luis Gustavo Mello Grohmann, por toda a dedicação demonstrada nos últimos dois anos, seja nas aulas ministradas e, especialmente, no período de orientação. Sem seu estímulo e apoio a conclusão deste trabalho não seria possível.

Agradeço aos colegas de disciplinas no mestrado pela oportunidade de compartilhar teorias, vivências e aflições neste período de nossas vidas, especialmente às colegas Alexsandra Ramos Fantinel e Lívia Ramalho Arsego, que compartilharam disciplinas e orientações comigo. Agradeço, também, a toda equipe do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, com destaque ao Bruno Estefani, secretário do Programa e sempre disposto a resolver nossas demandas. Ainda no Programa de Pós-Graduação não posso deixar de agradecer ao corpo docente, em especial aos professores com os quais tive o prazer de realizar disciplinas: André Marengo, César Baquero, Maurício Moyá, Carlos Arturi e Fabiano Engelmann.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa concedida que possibilitou maior dedicação ao mestrado. Agradeço, também, aos funcionários e estagiários da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Foro Central de Porto Alegre pela presteza em disponibilizar as informações essenciais à realização deste trabalho.

Agradeço às minhas amigas Cristina Ely, Manuela, Ticiane, Gisele e Camile por tornarem o mundo mais agradável e as decisões menos difíceis. Aos companheiros de trabalho e mesa de bar: Thiago, Natália e Fernando, pelas palavras de estímulo e pelos momentos de descontração. Aos amigos que fiz no movimento de pós-graduandos, em especial os *gurus* da APG-UFRGS, Daniel, Maurício e Rafael e os companheiros de diretoria da ANPG. Aos amigos que a Faculdade de Direito me presenteou e vi menos do que gostaria no último período: Carolina, Alexandre, Rafael, Fábio e Bruno. Aos companheiros do PCdoB e da UJS por compartilharem comigo os sonhos e as lutas por um mundo melhor. Os amigos Alexandre e Natália merecem, além do já realizado, um agradecimento especial, por seu auxílio na revisão final deste trabalho.

Por fim, o agradecimento mais importante é ao meu pai Edson, minha mãe Elena e meu irmão Junior. Sem o amor de vocês, a paciência com minhas crises e o incentivo nos momentos difíceis eu não teria superado este desafio.

“É preciso sonhar, mas com a condição de crer em nosso sonho, de observar com atenção a vida real, de confrontar a observação com nosso sonho, de realizar escrupulosamente nossas fantasias. Sonhos: acredite neles”.

(Lênin)

RESUMO

Com o presente trabalho busca-se estudar o processo de demanda de efetivação de direitos fundamentais de prestação positiva ao Poder Judiciário através da análise das ações coletivas correntes no Foro Central da Comarca de Porto Alegre-RS. No desenvolvimento, contextualiza-se o processo de judicialização da política e suas peculiaridades no Brasil. Fundamentando-se nos estudos internacionais de meados do Século XX e, fortemente, nos dos anos 1990, domésticos – inclusive – é possível observar que a judicialização da política, enquanto expansão das competências do Judiciário é um fenômeno ocidental. O caso brasileiro apresenta características ímpares abordadas neste estudo, em especial no que diz respeito aos seus instrumentos de litigância coletiva e o papel do Ministério Público neste amplo sistema. A construção deste cenário tem relação direta com a concepção de Direitos e Garantias Fundamentais adota pela Constituição de 1988. Para sua justa exposição, resgata-se o histórico daqueles, apresenta-se com se deu sua recepção no ordenamento brasileiro, bem como, os instrumentos de vinculação dos poderes públicos à efetivação. Como etapa preliminar à exposição dos dados empíricos, apresenta-se o sistema de litigância coletiva, inserido no desenvolvido nos Capítulos anteriores e calcado na defesa do interesse público. Na sequência, de posse dos dados empíricos é possível apresentar o quadro de ações populares e ações civis públicas correntes no Foro Central de Porto Alegre. A partir disso, analisa-se a efetividade das demandas por direitos sociais aos tribunais através do índice de deferimento ou indeferimento dos pedidos de liminar e das sentenças dos processos analisados, bem como, investiga-se a existência de um padrão decisório vinculado a atores ou matérias envolvidas.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Judicialização; Ações Coletivas; Porto Alegre.

ABSTRACT

The present work search to explore the process of demand for enforcement of Social Fundamental Rights of the Judiciary through analysis of class actions currents in the Central Court of the Judicial District of Porto Alegre-RS. In development, it is intended to contextualize the process of judicialization of politics in Brazil and its peculiarities. Basing itself on international studies from the mid-twentieth century and in the 1990s, domestic - including - can see that the judicialization of politics, as expanding the powers of the Judiciary is an Occident phenomenon. The Brazilian case presents unique characteristics approach in this study, particularly with regard to its instruments of collective litigation and the role of prosecutors in this system. The construction of this context is directly connected with the design of Fundamental Rights would adopt the Constitution of 1988. For his exhibition, it's indicated the history of those, it presents the reception took place in the Brazilian, as binding instruments of government to accomplish. Preliminarily to the exposure of empirical data, shows the system of collective litigation, reasoned into developed in previous Chapters and grounded in the public interest. Subsequently, in possession of empirical data can provide the framework for class actions and public civil actions underway in Central Forum of Porto Alegre. From this, we analyze the effectiveness of demands for social rights to the courts through the index of acceptance or refusal of the injunction orders and judgments, and investigate the existence of a pattern-making linked to actors or materials involved in the processes.

Keywords: Social Rights; Judicialization; Class Actions; Porto Alegre.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Ações Consultadas e Ações em Andamento.....	67
Tabela 2	Ações Populares - Autores x Decisão.....	79
Tabela 3	ACPs em Varas Cíveis - Réus x Autores.....	86
Tabela 4	ACPs em Varas Cíveis - Réus x Matéria de Demanda.....	88
Tabela 5	ACPs em Varas Cíveis - Autores x Matéria de Demanda.....	88
Tabela 6	ACPs em Varas Públicas - Réus x Autores.....	91
Tabela 7	Ações de Regularização Fundiária - Réus x Autores.....	97
Tabela 8	ACPs em Varas Públicas - Autores x Decisão.....	99
Tabela 9	ACPs em Varas Públicas - Matéria x Decisão.....	100
Tabela 10	ACPs de Servidores – Autores x Réus.....	103
Tabela 11	ACPs de Servidores – Autores x Decisão.....	104
Tabela 12	ACPs de Saúde – Autores x Réus.....	105
Tabela 13	ACPs de Saúde – Autores x Decisão.....	105
Tabela 14	ACPs de Regularização e Moradia – Autores x Réus.....	106
Tabela 15	ACPs de Regularização e Moradia – Autores x Decisão.....	108

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Tipo de Ação Coletiva x Tipo de Vara	68
Gráfico 2	Ações Populares por Vara.....	69
Gráfico 3	Ações Cíveis Públicas por Vara.....	69
Gráfico 4	Ações Coletivas por Vara.....	69
Gráfico 5	Tipos de decisão de mérito.....	72
Gráfico 6	Ações Populares – Autores.....	76
Gráfico 7	Ações Populares – Objeto.....	76
Gráfico 8	Tipo de objeto nas APs de Moralidade Administrativa.....	77
Gráfico 9	Ações Populares – Ano de Propositura.....	77
Gráfico 10	Ações Cíveis Públicas – Autores.....	83
Gráfico 11	Ações Cíveis Públicas – Matéria.....	83
Gráfico 12	ACPs em Varas Cíveis – Autores.....	86
Gráfico 13	ACPs em Varas Cíveis – Matéria	88
Gráfico 14	ACPs em Varas Públicas – Autores.....	91
Gráfico 15	ACPs em Varas Públicas – Matéria.....	93
Gráfico 16	Natureza do Conflito nas ACPs propostas pelo MP.....	94
Gráfico 17	Natureza dos Conflitos nas ACPs de Administração Pública.....	95
Gráfico 18	Natureza dos Conflitos nas ACPs de Políticas Públicas.....	96
Gráfico 19	ACPs por ano de distribuição.....	98
Gráfico 20	ACPs de Servidores – Natureza do Conflito.....	103
Gráfico 21	ACPs de Saúde – Natureza do Conflito.....	105
Gráfico 22	ACPs de Regularização e Moradia – Natureza do Conflito.....	106

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

AC – Ação Coletiva

AP – Ação Popular

AMB – Associação de Magistrados Brasileiros

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EUA – Estados Unidos da América

FP – Fazenda Pública

IUPERJ – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

MP – Ministério Público

MPE – Ministério Público Estadual

MPF – Ministério Público Federal

ONG – Organização Não-Governamental

RS – Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NOVA REPÚBLICA.....	22
1.1 A Expansão do Poder Judiciário: um fenômeno do Ocidente	22
1.2 Judicialização da Política no Brasil	25
1.3 Judicialização dos Direitos Sociais: cidadania passiva ou democracia mais ampla?	30
2 DIREITOS DE PRESTAÇÃO POSITIVA.....	35
2.1 Histórico e Desenvolvimento	35
2.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988	39
2.3 Direitos prestacionais e a obrigação estatal de efetivação	43
3 AÇÕES COLETIVAS E DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO.....	51
3.1 Legitimados para agir: em nome de quem?	59
3.2 A Pesquisa Empírica	64
3.3 Amostra de Pesquisa	66
3.4 Ações Populares	73
<u>3.4.1 Autores e Objetos</u>	75
<u>3.4.2 Julgamento das Ações Populares</u>	78
3.5 Ações Cíveis Públicas	80
<u>3.5.1 Ações nas Varas Cíveis</u>	85
<u>3.5.2 Ações nas Varas Públicas: Autores e Objetos</u>	90
<u>3.5.3 Julgamento das ACPs em Varas públicas</u>	99
3.6 As Demandas por Direitos Sociais	101
3.6.1 Proventos e Direitos dos Servidores Públicos	102
3.6.2 Saúde	104
3.6.3 Moradia e Regularização Fundiária	106
3.6.4 Educação	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	110
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

Há poucos anos a análise relativa a questões do Poder Judiciário pareceriam estranhas às discussões travadas dentre os cientistas políticos. A tendência seria deixar a temática aos cuidados dos juristas, no desenvolvimento de sua “doutrina” e discussão jurisprudencial. Este cenário, desde meados da década de 1990, vem se alterando no Brasil. A nova conformação institucional e os novos papéis assumidos pelo terceiro Poder merecem cada vez mais a atenção dos cientistas políticos brasileiros, confirmando a expansão do campo de estudos jurídicos no seio da ciência política, como ocorre em outros países desde as décadas de 1950 e 1960.

Com a intenção de apresentar uma modesta contribuição ao campo da ciência política, mais do que apresentar o *estado da arte* dos estudos sobre *judicialização da política*, o presente trabalho propõe-se a expor o sistema de tutela de direitos sociais pelas cortes, através da análise dos instrumentos de litigância coletiva. Este recorte da atuação do Judiciário frente aos direitos que exigem prestações estatais é objeto de ferrenho debate entre os juristas, no que diz respeito à interpretação constitucional da possibilidade ou não de sua efetivação pelos tribunais. No campo da ciência política, mais do que a mera discussão acerca da possibilidade de tutela judicial cabe a discussão sobre a efetividade dos mecanismos processuais na defesa de direitos, bem como os impactos institucionais e sociais que acarretam.

A pesquisa é desenvolvida com o objetivo geral de contribuir com a análise do processo de demanda, recepção e efetivação de direitos sociais nos tribunais. Para tanto, pretende-se, a partir da literatura¹ predecessora, apresentar os resultados das reformas legais e constitucionais das últimas décadas, que alçaram o Judiciário à condição de *Terceiro Gigante* entre os poderes constituídos. A exposição do sistema

¹ Os referenciais da literatura são oriundos tanto da ciência política quanto do direito. Optou-se, por exemplo, por uma abordagem de referencial jurídico no Capítulo acerca dos direitos fundamentais pela consideração da temática ser analisada de forma mais profunda pelos juristas. Por outro lado, as análises referenciadas empiricamente são encontradas somente nos trabalhos desenvolvidos pelos cientistas políticos, preocupados – assim como a autora – em tornar suas constatações precisas, através de pesquisas que ultrapassam a *doutrina* e *jurisprudência* criada pelo campo jurídico.

de tutela dos direitos fundamentais é parte imprescindível da construção deste cenário, tanto no que diz respeito à inspiração de sua formatação quanto na conformação de seus procedimentos. Ademais, como ponto de intersecção da ampliação de competências do Poder Judiciário e do sistema de tutela de direitos sociais, apresenta-se os procedimentos de litigância coletiva, através de pesquisa teórica e empírica desenvolvida ao longo do trabalho.

O principal objeto da pesquisa empírica é o processo de judicialização dos direitos sociais em lides coletivas. Com inspiração no trabalho desenvolvido por Werneck Vianna e Burgos, na capital do Rio de Janeiro, no início dos anos 2000, desenvolve-se pesquisa análoga, com centro nos direitos sociais. Desta forma, o referencial empírico desta dissertação são as ações coletivas em andamento no Foro Central da Comarca de Porto Alegre-RS, em agosto de 2010.

Precursora no estudo das relações políticas do Judiciário, a ciência política nos Estados Unidos há décadas vem discutindo o papel político assumido por sua Suprema Corte. Estudos atitudinais, fundamentados na escolha racional e na dependência de trajetória têm contribuído com a determinação dos elementos que levam os membros da Suprema Corte a decidir de uma maneira ou de outra². Atualmente, os estudos da expansão do poder judicial nos EUA diversificaram-se, tomando como base a massificação de causas e matérias levadas às cortes ou a incorporação de procedimentos judiciais por outras instituições (Shapiro, 1995).

Com um amplo trabalho empírico, Tate e Vallinder (1995) observam um crescente processo de expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Os autores apresentaram elementos do crescimento do poder judicial em mais de 40 países, abordando os elementos determinantes em cada um dos casos. É neste trabalho que o termo *judicialização da política* é cunhado, tendo uma dupla dimensão significativa: (a) a inserção das instituições judiciais e seus agentes na arena política; (b) a incorporação dos métodos de decisão judicial para

² Nas décadas de 50 e 60 iniciam-se os estudos acerca das preferências dos *judges* da *Supreme Court*. Destes estudos derivam, inclusive escolas concorrentes na ciência política: a do modelo atitudinal (*attitudinal model*) e a do modelo estratégico (*strategic model*), que rivalizam na modelagem explicativa da tomada de decisão. Os primeiros e mais relevantes estudos em meados do Século XX são, sem dúvidas, os de Robert Dahl (1957) e Martin Shapiro (1964). Atualmente, destaque-se os trabalhos de Segal e Spaeth (1993, 2001 e 2002), que têm se debruçado sobre o modelo atitudinal e de Whittington (2003 e 2005), na análise e revisão do modelo estratégico.

além das cortes. Sem sombra de dúvidas a primeira dimensão é a que mais usualmente é objeto dos estudos da área.

Para que o processo de expansão do poder judicial seja possível, existem algumas condições facilitadoras: (a) democracia; (b) separação dos poderes; (c) direitos políticos; (d) uso das cortes por grupos de interesse; (e) uso das cortes pela oposição; (f) instituições majoritárias ineficientes; (g) delegação de competências pelas instituições majoritárias (Tate, 1995: 27-32). Note-se que o Brasil é detentor de todas as características facilitadoras da expansão do poder judicial. Tal ampliação não só ocorreu, como tem sido objeto de análise dos cientistas políticos brasileiros, que bebem das discussões apresentadas em outros países mas têm conseguido criar uma linha própria, que leva em consideração as especificidades do sistema judicial nacional.

O cumprimento das três primeiras condições inicia-se no Brasil com a redemocratização e, formalmente, consolida-se com a promulgação da Constituição de 1988³. O resultado final pode ser imputado tanto a interesses gerais quanto corporativos: (a) o momento de *sepultamento* do autoritarismo deveria dotar o cidadão de instrumentos político-jurídicos para defesa de interesses e direitos, para além dos instrumentos de representação e participação tradicionais; (b) neste sentido, os juízes e integrantes do Ministério Público, através de suas associações – parte dos movimentos sociais na Constituinte de 1986 – reivindicaram uma série de prerrogativas funcionais para o exercício de suas profissões, para que pudessem exercer a *defesa do interesse público*.

As primeiras análises sobre os desdobramentos deste processo surgem em meados da década de 1990. A judicialização da política no Brasil, foi apresentada por Castro (1997) e Teixeira (1997) ao observarem o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e seu comportamento diante de questões eminentemente políticas. A detecção preliminar de uma explosão de litigiosidade, que não encontrava correspondência entre os ministros do STF não foi motivo para

³ É pacífico na literatura que o processo de consolidação da democracia encontra-se, ainda, em curso no Brasil e, na promulgação da CRFB/88 o país estava muito mais longe do que hoje da institucionalização da democracia. Outrossim, é neste momento que o ordenamento jurídico é constituído para o pleno exercício da democracia, garantindo – ao menos formalmente – a existência de seus mecanismos.

suspensão dos estudos. Pelo contrário, de lá pra cá se aprofundaram os estudos acerca dos novos papéis assumidos pelo Judiciário nos últimos 20 anos. Destaque-se aí o alargamento dos estudos acerca da Suprema Corte brasileira, sobre o papel e atuação do Ministério Público e o controle do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas.

Contribuição importante para o campo, principalmente na coleta de dados empíricos resulta de dois grupos de pesquisa. O grupo que tem como expoentes Maria Tereza Sadeck e Rogério Bastos Arantes desenvolveu *survey* nacional entre os membros do Ministério Público brasileiro no final da década de 1990, e trouxe, em diversas obras, contribuições acerca da percepção dos promotores e procuradores do sistema jurídico nacional, em especial o de tutela coletiva de direitos (Arantes 1999 e 2002 e Sadeck, 2000). De outro lado, através de convênio entre a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Mello e Marcelo Burgos desenvolveram trabalhos isoladamente e em conjunto, a partir de 1996, calcados na apropriação de pessoas, associações e instituições públicas dos novos instrumentos judiciais inseridos pela Constituição (Werneck Vianna; et al, 1999; Werneck Vianna, 2002; entre outros).

No que diz respeito à intervenção do Judiciário na efetivação de direitos sociais os últimos dois campos são mais relevantes. Sob o prisma de garantir o usufruto dos direitos garantidos na Carta pelos cidadãos, o Ministério Público, inclusive, deve ser incluído no campo de controle na elaboração e implementação de políticas públicas. Para compreender o sistema judicial de controle das políticas públicas cabe, preliminarmente, expor o sistema de proteção dos direitos fundamentais desenvolvido na Constituição Federal.

No Brasil, o processo de elaboração da Constituição, deflagrado em 1986, teve especial cuidado com os direitos fundamentais. Naquele momento o Brasil sepultava o regime autoritário que perdurou por mais de 20 anos, sendo a Carta o resultado de um amplo processo de discussão oportunizado pela redemocratização. Com esse espírito, foram recepcionados direitos fundamentais de diversas dimensões, demonstrando conexão com a Declaração Universal de 1948 e os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos. Ingo W. Sarlet (2007)

avalia que houve plena recepção dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da proteção à vida, à liberdade e à propriedade, assim como o comprometimento estatal em promover a igualdade material entre os cidadãos e proteger os direitos políticos. José Afonso da Silva (2006) destaca que a Carta Política abre as perspectivas de realização social profunda pela prática de direitos prestacionais, possibilitando concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

No intuito de reforçar a imperatividade das normas de direitos e garantias fundamentais, para não fazer delas letra-morta, o constituinte, se inspirando principalmente nas constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha (Piovesan, 2006: 35), atribuiu aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais⁴. Tal dispositivo pode ser considerado uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Neste ponto, destaca-se a obrigação estatal de garantir aos cidadãos – que não podem obtê-las por meios particulares – as prestações materiais que possibilitem o exercício de uma vida digna (Canotilho, 2006).

Este mandado de otimização dos direitos fundamentais impõe a todos os órgãos dos Poderes Públicos o dever de garantir a estes direitos a maior eficácia possível. No que concerne à dimensão positiva de atuação do Poder legislativo, ressalta-se o dever de suprir a falta de ordenação legal para o exercício de certos direitos (ex: direito à cidadania), assim como é tarefa do legislador ordinário a criação ou regulamentação de procedimentos, instituições, organizações para o exercício de determinados direitos⁵.

A vinculação da Administração Pública apresenta dimensão negativa muito semelhante ao Legislativo, não podendo cometer atos e desenvolver políticas que contrariem as disposições sobre direitos fundamentais. Contudo, o mais instigante

4 Art. 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” (BRASIL. Constituição, 1988).

5 Mendes, Coelho e Branco desenvolvem opinião no mesmo sentido ao afirmar que: “[...] não somente a atividade legislativa deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.” (2009:245).

na vinculação da Administração é o dever de desenvolver e executar políticas públicas voltadas ao cumprimento dos preceitos constitucionais e, portanto, ao interesse público⁶. Deste modo, o Executivo é o grande responsável por implementar e desenvolver políticas públicas que garantam a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, inclusive os de prestação positiva.

Assim como o Legislativo e o Executivo têm de agir para a efetivação dos direitos fundamentais, sua defesa é tarefa consoante à essência do Poder Judiciário. O texto constitucional expressa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV, da CF), o que permite, de imediato, algumas conclusões: (a) cabe às cortes conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível; (b) o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de recusar-se a aplicar preceitos que não respeitem os direitos fundamentais; (c) deve haver observância a tais direitos no curso do processo e nas decisões proferidas, sejam elas concernentes aos direitos público, privado ou estrangeiro. Marcelo Figueiredo (2007) ressalta o papel do Judiciário, por longa data, como garantidor dos direitos civis e da liberdade individual, no Estado de modelagem liberal e o Estado Democrático de Direito que o Brasil se propõe a ser exige do Judiciário a tutela dos direitos sociais, sem que essa atividade seja invasão da seara de competência dos demais poderes.

Desta forma, a constante manifestação das cortes acerca de demandas relacionadas a lesões a direitos fundamentais, noticiada diariamente nos meios de comunicação⁷, tem previsão arraigada na Carta Política. Não se trata, portanto, de um mero comportamento voluntarista do Poder Judiciário, mas de oferecer respostas às provocações que lhe são dirigidas através dos instrumentos que a própria Constituição disponibiliza aos indivíduos, associações e órgãos públicos para a defesa de seus direitos frente a ações ou omissões do Poder Público. Têm relevância, enquanto meios de controle do Judiciário na exigência de direitos a prestações, em especial: o mandado de segurança (individual e coletivo), a ação

⁶ Como afirma Rodolfo de Camargo Mancusso (*apud* Figueiredo, 2007: 38): “[...] a política pública, por definição, em princípio busca alcançar um fim consoante com o interesse público”.

⁷ Praticamente todos os dias há, nos telejornais, na internet e/ou nos jornais impressos notícias acerca da decisão de um juiz que garante a obtenção de medicamentos a um cidadão doente, a condenação de alguém pela prática de crime de preconceito, a ordem para que algum Estado ou Município garanta vagas em escolas para crianças, etc.

civil pública, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁸.

Com cidadãos e instituições apropriados dos mecanismos de tutela de direitos, cada vez mais os tribunais são instigados a intervir na elaboração ou garantia de implementação de políticas públicas, funções de competência precípua do Legislativo e da Administração, respectivamente. No que diz respeito aos direitos fundamentais de prestação positiva, a demanda judicial tem sido a alternativa para garantir-lhes efetividade frente à inatividade dos *poderes políticos*.

Pelo exposto, a investigação da demanda e tutela destes direitos pelo Poder Judiciário mostra-se relevante. Dentre todas as possibilidades de provocação dos tribunais para efetivação de direitos fundamentais, a litigância coletiva surge como instrumento diferenciado, inserido no sistema de *litigância de interesse público*⁹. Calcada na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a litigância coletiva é possível através das ações coletivas, que toma forma através das Ações Populares, Ações Coletivas e Ações Civis Públicas. Estes instrumentos estão inseridos no sistema constituído para defesa dos direitos fundamentais e, por suas características, apresentam a possibilidade de defesa dos interesses de grupos ou, até mesmo, de toda a coletividade.

A escolha, feita neste trabalho, pelo estudo dos processos que tratam de interesses gerais ou de grupos e pelo descarte dos de demanda individual dá-se pela possibilidade que a investigação daquele tipo de ações possibilita não só na detecção do fenômeno de tutela coletiva de direitos, mas na abrangência de seus efeitos. Vê-se nas demandas coletivas um rico objeto de análise em virtude de que as mesmas tratam de assuntos de interesse geral ou de amplo alcance.

⁸ Boa parte da bibliografia que se propõe a apresentar o Direito Constitucional de forma mais ampla apresenta estes instrumentos de forma mais detalhada, seja sob os requisitos formais para sua propositura, para que servem e, em certa medida, a análise de sua efetividade. Na obra conjunta de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2009) encontra-se uma das análises mais completas disponíveis na literatura.

⁹ A litigância de interesse público surge como contraposição ao perfil tradicional das demandas levadas ao Poder Judiciário: que envolvem autores e réus particulares, em litígios patrimoniais e contratuais (Casagrande, 2008). “Ao lado do controle de constitucionalidade das leis e do mandado de segurança coletivo, aqueles institutos [as ações coletivas] compõem um núcleo procedimental que [...] envolvem a possibilidade de construção de um direito subjetivo público” (Werneck Vianna; Burgos, 2005: 2).

A judicialização dos direitos sociais, especialmente através de processos coletivos, insere-se no contexto do processo jurídico e político desencadeado nos anos 1980. Do ponto de vista legislativo, é neste momento que se inicia a normatização de direitos que, por serem de natureza difusa e/ou coletiva, encontravam-se excluídos do ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e do consumidor são os primeiros a ser positivados. No segundo momento, insere-se no sistema legal a proteção do patrimônio público e da probidade administrativa para então chegar aos serviços de relevância pública, que envolvem direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, segurança, lazer, etc. (Arantes, 1999).

A Lei 6.938, que em 1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, pode ser considerado o marco da positivação dos interesses difusos e coletivos no Brasil, bem como, da inclusão de novos instrumentos processuais e da legitimidade do Ministério Público para propositura da *ação de responsabilidade civil e criminal* por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º). A seguir, legislações acerca da organização do Ministério Público dão ao órgão a legitimidade para propositura da *ação civil pública*, que tem por objeto a defesa de interesses da sociedade. Interessante observar que o conceito de ação civil pública preexistiu à lei de 1985, que a regulamentou. Neste sentido, é importante destacar que a Carta de 1988 mais do que inovar na defesa de interesses difusos e coletivos, consegue aglutinar e constitucionalizar as mudanças legislativas anteriores na área de direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição de 1988 trouxe no seu artigo 5º, inciso LXXIII, a reafirmação da legitimidade de proposição de Ação Popular (AP) por qualquer cidadão. A Ação Popular (lei 4717 de 29 de junho de 1965) tem como objetivo permitir o questionamento e anulação de atos considerados lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural. É importante destacar que a Carta vigente ampliou o leque de

possibilidades deste instrumento, outrora tendente a de tornar anuláveis os atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas¹⁰.

Por outro lado, a Ação Civil Pública (ACP) é o instrumento processual, previsto na Constituição Federal brasileira e em lei infraconstitucional, de que podem se valer a *comunidade de intérpretes* para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em outras palavras, não pode ser utilizada para a defesa de direitos e interesses puramente privados e disponíveis. Considerações mais extensas acerca do sistema de litigância coletiva e seus instrumentos são apresentadas no corpo do trabalho.

A Ação Coletiva (AC), enquanto tipo processual dentro da classe *ações coletivas* aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico no Código de Defesa do Consumidor, nos seus artigos 81 e seguintes. Inicialmente, pretendia-se criar uma tipologia de litigância coletiva que tratasse somente das obrigações indenizatórias aos consumidores lesados, diferentemente da Ação Civil Pública, que – além do cunho indenizatório – tem o objetivo central de criar uma obrigação de *fazer* ou *não-fazer*. Ocorre que, as decisões das cortes deram, ao longo do tempo, conotação diversa a este tipo de ação. Com rito e atores legitimados idênticos à ACP, a Ação Coletiva tem, hoje, as mesmas características de sua norma inspiradora. A grande diferença entre os dois mecanismos, como será visto ao longo do trabalho é a matéria objeto de suas demandas, sendo o do primeiro tipo mais amplo e o segundo restrito a questões consumeristas e ambientais.

Para dar conta dos objetivos propostos, o presente trabalho é dividido em três partes. Na primeira parte do trabalho, expõem-se os apontamentos mais relevantes da literatura internacional e doméstica acerca do *fenômeno da judicialização da política*. Para esta abordagem, primeiramente, são expostas as evidências de que a expansão de competências do Poder Judiciário e conseqüente judicialização da política não é privilégio do sistema brasileiro e, sim, tendência internacional. Na seqüência do Capítulo o caso brasileiro é apresentado, bem como, as diversas abordagens dadas ao processo vivido no pós-constituente. Este ponto é concluído com a problematização inicial dos impactos da *judicialização* nos elementos

¹⁰ Nas constituições brasileiras de 1934, 1946, 1964 e 1967 instrumento de mesmo nome encontrava-se previsto, no entanto, o leque de tutela foi somente ampliado na outorga da Constituição de 1988.

democráticos, isto é, a tensão existente entre a possibilidade de ter-se uma cultura clientelista de cidadania x qualificação da democracia, com a inserção do Judiciário na arena política, em especial na defesa e construção da agenda igualitária.

O Capítulo 2, calcado no histórico e desenvolvimento dos direitos fundamentais no Ocidente, expõe como se deu o processo de recepção e positivação dos direitos fundamentais no Brasil. Sob este prisma, o Novo Regime vinculou a atuação de todos os poderes públicos para dar aplicabilidade imediata a tais direitos. Sob uma abordagem normativa é importante apresentar a literatura, especialmente jurídica, acerca da temática, principalmente, porque é nela que se fundamenta a atuação dos agentes jurídicos do Estado.

A exposição destes dois campos permite que, na seqüência, seja feita a abordagem empírica do presente trabalho. No primeiro momento, diante deste contexto de ampliação das competências do Poder Judiciário e suas tarefas na efetivação dos direitos fundamentais, e sociais por conseqüência, apresenta-se o processo que deu origem ao sistema de litigância de interesse público, com centro nas ações coletivas. A partir desta discussão histórica e procedimental – que explica as ações populares e ações civis públicas – constrói-se o campo de abordagem para análise prática. Como exposto, o objeto de pesquisa são as ações coletivas correntes no Foro Central da Comarca de Porto Alegre, em agosto de 2010. A discussão central, que permeia todo o trabalho, trata da efetividade, legitimidade e impactos que estes novos procedimentos causa(ra)m no sistema brasileiro, ao inserir novos atores e instituições no cotidiano da implementação e formulação de políticas públicas.

Em suma, este trabalho contempla o sistema judicial de proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos em Porto Alegre, baseando-se na análise dos processos em andamento no Foro Central de Porto Alegre, em agosto de 2010.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NOVA REPÚBLICA

O que se lê nos jornais hoje? Que duas autoridades políticas devem comparecer diante de um tribunal, acusadas de cumplicidade no tráfico de influência. Que um juiz espanhol prepara-se para prender o antigo secretário de Estado de Segurança. Que o desemprego multiplica o número de famílias endividadadas e que os juízes são cada vez mais solicitados (Garapon 2001: 23).

1.1 A Expansão do Poder Judiciário: um fenômeno do Ocidente

O Segundo Pós-Guerra marcou uma nova conformação institucional nas democracias ocidentais. O constitucionalismo moderno foi veemente na positivação dos direitos fundamentais. Com o intuito de construir o *Welfare State*, e constituir um sistema de proteção da sociedade contra eventuais abusos dos Poderes Públicos designou-se aos juízes, em especial os componentes dos Tribunais Constitucionais¹¹, a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*) das decisões tomadas pelo Legislativo e/ou Executivo, bem como, de ação frente a suas omissões.

Essas mudanças no campo institucional criaram um novo padrão de relacionamento entre os poderes e seus desdobramentos impactam toda a sociedade. Se outrora o juiz devia colocar-se como mero reproduzidor da lei e dos costumes na resolução de conflitos essencialmente patrimoniais e contratuais, neste novo cenário exige-se dele uma postura ativa e um posicionamento sobre temas controversos e de interesse da coletividade¹².

¹¹ Leia-se Tribunal Constitucional pela corte maior do país de referência: nos EUA tem-se a *Supreme Court*, no Brasil o Supremo Tribunal Federal e nos países europeus os Tribunais Constitucionais. Pode-se dizer que o caso zero do controle difuso de constitucionalidade ocorreu nos EUA, em 1803, no caso *Marbury x Madison*. Em resumo, no referido processo discutia-se a nomeação de *Marbury* como Juiz de Paz, indicado pelo presidente *John Adams* (derrotado por *Thomas Jefferson* na eleição presidencial). A negativa do Presidente *Jefferson*, e de seu secretário de Justiça *James Madison*, em titular o Juiz foi levado à Suprema Corte que decidiu pela titulação do Juiz e, o mais importante, a decisão fundamentou-se no *poder dos Tribunais deixarem de aplicar leis federais inconstitucionais* (Da Ros, 2008).

¹² O Judiciário é inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer movimentação. Por isso o grau com que o Judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões de disputa política. (Taylor, 2007).

A divisão entre a perspectiva de análise da função política dos tribunais dá-se entre a literatura normativa, produzida por juristas e, positiva, pelos cientistas políticos. Na visão normativa, a partir do regramento legal em vigor, procura-se definir como os juízes devem agir e/ou se relacionar com as outras instituições do sistema político. Por outro lado, na teoria positiva, não se discute como os juízes devem decidir e, sim, porque eles agem da forma como agem, quais são suas motivações e que forças políticas podem influenciar esta decisão (Friedman, 2005 *apud* Taylor, 2007).

Precursora neste debate, a ciência política nos Estados Unidos há décadas vem discutindo os novos papéis – inclusive políticos – assumidos por sua Suprema Corte. Nas décadas de 50 e 60 iniciaram-se os estudos acerca das preferências dos *judices* da *Supreme Court*. Destes estudos derivaram, inclusive, escolas concorrentes na ciência política: a do modelo atitudinal (*attitudinal model*) e a do modelo estratégico (*strategic model*), que rivalizam na modelagem explicativa da tomada de decisão e nas preferências dos magistrados (Da Ros, 2008). Os primeiros e mais relevantes estudos em meados do Século XX são, sem dúvidas, os de Robert Dahl (1957) e Martin Shapiro (1964)¹³.

No final do Século XX, a pesquisa empírica realizada por C. N. Tate e T. Vallinder (1995) expõe a expansão do Poder Judiciário no Ocidente. Este trabalho pode ser considerado o responsável por cunhar conceitos e demonstrar, de forma comparada, que fenômenos observados em mais de quarenta países não eram isolados. “Judicialização da política” e “politização da justiça” são expostas como expressões correlatas, que indicam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. A judicialização da política é um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas que desdobra-se em duas dimensões: “[1] a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou administradores [...] [2] a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das cortes de direito propriamente ditas”

¹³ Atualmente, destacam-se os trabalhos de Segal e Spaeth (1993, 2001 e 2002), que têm se debruçado sobre o modelo atitudinal e de Whittington (2003 e 2005), na análise e revisão do modelo estratégico (Da Ros, 2008).

(Vallinder 1995: 13). No que concerne à presente dissertação, analisa-se a primeira dimensão.

Os estudos da área têm se concentrado no primeiro campo, analisando a atuação das cortes frente a demandas outrora subsumidas aos políticos. A judicialização da política requer que os operadores da lei prefiram participar do *policy-making* a deixá-lo ao critério de políticos e administradores.

Para que o processo de expansão do poder judicial seja possível, existem algumas condições facilitadoras: (a) democracia; (b) separação dos poderes; (c) direitos políticos; (d) uso das cortes por grupos de interesse; (e) uso das cortes pela oposição; (f) instituições majoritárias ineficientes; (g) delegação de competências pelas instituições majoritárias (Tate, 1995). Para questionar atos e omissões dos poderes constituídos os elementos apresentados pelo autor, em sua maioria, são imprescindíveis. Um regime autoritário, por exemplo, não permite a contestação de seus atos em quaisquer espaços, ainda mais dentro de um dos poderes do Estado. De outra forma, a inexistência de competências definidas e divididas entre Executivo, Legislativo e Judiciário torna inócua qualquer norma que permita a intervenção de um poder nas competências precípuas de outro.

O ritmo em que os países realizaram seu processo interno de expansão do Poder Judiciário tem relação direta com a incorporação das características facilitadoras de Tate. Na América Latina, que vivenciou regimes autoritários a partir da década de 1960, sempre esteve normatizada a proteção dos direitos humanos. Entretanto, durante os períodos ditatoriais não havia possibilidade de acionamento do sistema judicial de proteção¹⁴.

Kathryn Sikkink (2006), em sua pesquisa sobre a judicialização da política na América Latina, apresenta o quadro de incorporação das novas competências dos tribunais no Chile, Uruguai e Argentina, no período pós-democratização. A autora examina o *accountability* social das violações de direitos humanos no passado. Os

¹⁴ Os regimes autoritários latino-americanos caracterizaram-se pela alta concentração do Poder estatal nas mãos do Executivo, em regra, dos militares. Os membros dos Poderes Legislativo e Judiciário encontravam-se numa situação de submissão, sob pena de fechamento do Congresso – como ocorreu no Brasil em 1968 – ou remoção de juízes contrários ao Regime para locais distantes dos centros políticos. Desta forma, com o Poder concentrado nos *generais* e a imobilização dos legisladores e juízes, não havia a quem recorrer no caso de desrespeito aos Direitos Humanos e Fundamentais.

atores motivadores deste processo, para Sikkink, são os grupos de advogados de direitos humanos que, estimulados pelo cenário doméstico e internacional protagonizam a constituição de um sistema de justiça de transição, para construção da democracia e punição dos torturadores. Seja através da instituição de comissões da verdade, seja de tribunais especiais ou da punição dos ditadores na Justiça comum o fato é que, Chile, Uruguai e Argentina levaram a tribunais (constituídos ou estabelecidos pelo *Novo Regime*) a discussão acerca dos crimes de violação de direitos humanos de seus períodos autoritários. Em sua análise, a autora expõe os fatores que ela considera mais relevantes para as diferentes decisões tomadas pelos países, ponderando sempre entre as influências externas e domésticas.

Interessante observar que sob a égide da defesa da Constituição, aos tribunais é possível a deliberação sobre qualquer matéria a qual é dado o *status constitucional*, desde que demandada. Se nas democracias em consolidação os juízes decidem sobre as ações a serem tomadas na chamada *Justiça de Transição*, nas democracias consolidadas – como é o caso dos países europeus – os tribunais são os protagonistas do combate a corrupção, por exemplo¹⁵. Já nos Estados Unidos, atualmente, os indicadores da expansão do poder judicial diversificaram-se, tomando como base a massificação de causas e matérias levadas às cortes ou a incorporação de procedimentos judiciais por outras instituições, seguindo o ritmo de mudanças e reorganização de seu tecido social (Shapiro, 1995). Isto posto, fica evidente que as novas funções atribuídas aos agentes do Judiciário no Brasil não é, de forma alguma, fenômeno isolado.

1.2 Judicialização da Política no Brasil

No caso brasileiro, há que se destacar que o país é detentor de todas as características facilitadoras da expansão do poder judicial elencadas por Tate

¹⁵ Os tribunais europeus, assim como os brasileiros, sofrem uma explosão de litigiosidade nas temáticas mais diversas. Seja pela postura pró-ativa dos *parquets* franceses na prisão de políticos acusados de corrupção, ou no deferimento de demandas por prestações estatais na Espanha, os países de *civil Law* europeus vivenciam, em seu cotidiano, as relações entre Judiciário, política e sociedade.

(1995). Tal ampliação não só ocorreu, como tem sido objeto de análise dos cientistas políticos brasileiros, que bebem das discussões apresentadas em outros países e têm conseguido criar uma linha própria, que leva em consideração as especificidades do sistema judicial nacional.

O cumprimento das três primeiras condições inicia-se no Brasil com a redemocratização e, formalmente, consolida-se com a promulgação da Constituição de 1988¹⁶. É neste momento que se inicia o processo de expansão do Poder Judiciário. As mudanças advindas são, fundamentalmente, pautadas pelo integrantes das carreiras jurídicas de Estado e pelos juristas preocupados com a ampliação de mecanismos de defesa do cidadão contra o Estado, no processo constituinte inaugurado em 1986 e confirmado na Carta de 1988.

A mobilização dos juízes e dos integrantes do Ministério Público no processo constituinte foi parte das mobilizações dos movimentos sociais na Constituinte de 1986. Reivindicando uma série de prerrogativas funcionais para o exercício de suas profissões, estes atores, através de suas associações, tiveram papel fundamental na definição do novo papel institucional assumido pelo Judiciário no pós-1988 (Engelmann, 2009).

Tais reivindicações estavam concatenadas aos interesses gerais difundidos pela Assembléia Nacional Constituinte: a Constituição vindoura deveria dotar o cidadão de “instrumentos político-jurídicos para a defesa de interesses e direitos, para além dos instrumentos de representação e manifestação da vontade política (eleições regulares, referendo, plebiscito)” (Casagrande, 2008: 44).

Da pauta das associações de juristas do Estado e do clamor por um regramento constitucional com instrumentos de defesa efetiva do cidadão resultou, em 1988, a atual conformação do Poder Judiciário. A tutela dos direitos sociais pelos juízes e inserção em demais temas de ação precípua dos demais Poderes tem relação com: (a) a expansão de competências do Judiciário – sai um órgão de proclamadores da lei e entra uma instituição de interpretação legal e ação política;

¹⁶ É pacífico na literatura que o processo de consolidação da democracia encontra-se, ainda, em curso no Brasil e que, na promulgação da CRFB/88 o país estava muito mais longe do que hoje da institucionalização da democracia. Outrossim, é neste momento que o ordenamento jurídico é constituído para o pleno exercício da democracia, garantindo – ao menos formalmente – a existência de seus mecanismos.

(b) a referida expansão só foi possível graças à independência de fato dos demais Poderes; (c) e, por fim, a incorporação pelos agentes do Judiciário da tarefa de *guardiões da Constituição*, agindo para sua efetivação.

Essa nova engenharia institucional e seus desdobramentos fazem com que o Judiciário brasileiro torne-se objeto de interesse dos estudos da ciência política. Diferentemente dos momentos anteriores, na vigência da Nova Carta os tribunais tornam-se *lócus* cotidiano da política, e os juristas alçam-se ao status de agentes políticos.

Fora um núcleo restrito de cientistas políticos, poucos integrantes do *mainstream* da ciência política brasileira incorporam o Judiciário às suas análises com a mesma profundidade com que consideram o sistema partidário, o Legislativo e o Executivo ou, até mesmo, os movimentos sociais, as burocracias públicas ou as instituições econômicas. (Traylor, 2007).

As primeiras análises sobre os desdobramentos deste processo surgem em meados da década de 1990. A judicialização da política no Brasil, foi apresentada por Castro (1997) e Teixeira (1997), ao analisar as ações de inconstitucionalidade, julgadas pelo STF com o intuito de verificar o comportamento dos ministros em questões eminentemente políticas. Naquele momento, constatou-se o pouco ativismo dos ministros. Nas referidas pesquisas empíricas chega-se até a questionar a adequação do conceito de “judicialização da política”, tendo em vista que fica constatada uma “explosão de litigiosidade” que não encontra recepção no Poder Judiciário. As conclusões preliminares não foram motivo para suspensão dos estudos. Pelo contrário, de lá pra cá, se aprofundaram os estudos acerca dos novos papéis assumidos pelo Judiciário nos últimos 20 anos. Destaque-se aí o alargamento dos estudos acerca da Suprema Corte brasileira, sobre o papel e atuação do Ministério Público e o controle do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas.

No final da década de 90, os efeitos da expansão de competência do Poder Judiciário e a apropriação dos novos instrumentos processuais disponíveis começam a tomar forma. Contribuição importante para o campo, principalmente na coleta de dados empíricos resulta de dois grupos de pesquisa. O grupo que tem

como expoentes Maria Tereza Sadeck e Rogério Bastos Arantes desenvolveu *survey* nacional, dentre os membros do Ministério Público brasileiro, no final da década de 1990 e trouxe, em diversas obras, contribuições acerca da percepção dos promotores e procuradores do sistema jurídico nacional, em especial o de tutela coletiva de direitos (Arantes 1999 e 2002 e Sadeck, 2000). De outro lado, através de convênio entre a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Mello e Marcelo Burgos desenvolveram trabalhos isoladamente e em conjunto, a partir de 1996, calcados na apropriação de pessoas, associações e instituições públicas dos novos instrumentos judiciais inseridos pela Constituição (Werneck Vianna; Carvalho; Mello; et al, 1999; Werneck Vianna, 2002; entre outros).

Werneck Vianna *et al* (1999) tomou o termo *judicialização da política* para descrever as transformações institucionais inseridas pela Constituição de 1988, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, levando a conflitividade sócio-política aos tribunais. Neste trabalho o autor demonstrou a crescente apropriação da sociedade destes mecanismos, com especial destaque para o uso do Judiciário pelas minorias políticas, para reverter políticas definidas pelas majorias¹⁷.

Nos últimos anos multiplicaram-se os trabalhos sobre o tema e com isso os usos e sentidos da expressão “judicialização da política”. No campo do direito, o termo é designado para referir-se a demandas judiciais que não sejam de competência precípua do Poder Judiciário, a exemplo da ação legislativa do STF ao regulamentar a greve dos servidores públicos ou demandas em busca de prestações estatais não adimplidas pela Administração. O problema freqüentemente analisado pelos juristas diz respeito à necessidade de criação judicial do direito. Seja através

¹⁷ Ao tratar das ADIns, os autores também encontram indícios da *guerra Federativa*, que singularizaria o sistema brasileiro, sendo o Judiciário mais do que *locus* de contestação das majorias. “Não se pode entender, conseqüentemente, o processo de judicialização da política no Brasil sem levar em conta a provocação efetivada pelo Poder Executivo e pelo Ministério Público. Daí o caráter dúplice da judicialização da política no Brasil, que, de um lado, apresenta um perfil que se identifica com o produzido pela bibliografia sobre o assunto – as minorias parlamentares demandam a intervenção do Judiciário contra a vontade da maioria – mas, de outro, se afasta dele, singularizando-se pela ação dos Executivos estaduais e da Procuradoria da República contra a representação parlamentar, em sua esmagadora maioria de âmbito estadual, em uma indicação de que não apenas a sociedade, mas também a própria Federação, se encontra desajustada da vontade do soberano e tem reclamado a presença de um *tertius*” (Werneck Vianna et al, 1999: 67).

do julgamento dos chamados *hard cases*, que demonstram a impossibilidade dos sistemas legais abarcarem normas que regulem todos os fatos da vida; seja através dos litígios em que o juiz vê confrontadas duas normas de igual valor que disciplinam divergentemente o mesmo fato, os tribunais são cada vez mais chamados a disciplinar as relações sociais (Casagrande, 2008: 16).

No que diz respeito ao ponto de vista da ciência política, o cerne do debate encontra-se na teoria do Estado, mais especificamente na idéia de separação dos poderes (Casagrande, 2008: 17). As pesquisas empíricas têm dado maior atenção às situações materialmente políticas, mais interessadas nos impactos institucionais destas decisões judiciais. Por isso, seu objeto, em regra, trata das contestações judiciais de minorias, que buscam a mudança de uma política estabelecida. Os cientistas políticos têm se debruçado a analisar o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais e como, em nome da “constitucionalidade”, os atores políticos têm jogado. A utilização das ações de inconstitucionalidade como objeto de análise permitem a essas pesquisas a observação do quanto a judicialização pode servir como instrumento de modificação de situações onde os requerentes foram politicamente derrotados¹⁸.

Pelo exposto até aqui é possível concluir que, no Brasil, muitos podem ser os significados de *judicialização da política* e *politização da justiça*. O termo tem sido utilizado indiscriminadamente para explicitar as relações entre Poder Judiciário, *Direito*, e política. Desta forma, é imprescindível a delimitação do conceito para fins de desenvolvimento do presente trabalho. O conceito de judicialização adotado pela autora é o da demanda aos tribunais de atuação em competências precípua do Legislativo ou do Executivo, seja pelo descumprimento de preceito constitucional na elaboração e implementação de políticas públicas, seja pela omissão de seus agentes em suas funções.

Portanto, para fins de análise na presente dissertação, judicialização significa a busca de tutela jurisdicional a direitos fundamentais prestacionais, não efetivados pelos demais Poderes, através de demanda para formulação ou implementação de políticas públicas. Em suma, se observa o processo de judicialização dos direitos

¹⁸ Os estudos de Castro (1997) e Werneck Vianna (1999) apontam para a utilização do Judiciário por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.

elencados no artigo 6º da Constituição de 1988, quais sejam: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” através das demandas coletivas.

No próximo capítulo apresenta-se como se deu o desenvolvimento dos direitos fundamentais, dentre eles os de prestação positiva. Outrossim, antes desta análise considera-se importante a exposição dos possíveis impactos na sociedade e sua organização frente aos novos papéis assumidos pelo Poder Judiciário.

1.3 Judicialização dos Direitos Sociais: cidadania passiva ou democracia mais ampla?

O trabalho desenvolvido por Werneck Vianna *et al* (1999), além da apresentação de importante pesquisa empírica, organiza dois campos de análise da judicialização da política e das relações sociais em geral: (a) procedimentalista – protagonizado por Habermas e Garapon – considera que a judicialização da política e das relações sociais teria o efeito de desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social. Sendo assim, se a efetividade dos direitos sociais for subsumida ao campo do direito, conduzirá a uma cidadania passiva de clientes do Estado; (b) substancialista – Cappelletti e Dworkin – considera que as novas relações entre direito e política, em especial pelas jurisprudências, são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. O juiz é visto como *intelligentia* especializada em declarar como direito os princípios já admitidos socialmente e, como intérprete do justo na prática social.

A relevância de apresentação destes dois campos reside no fato de, nas discussões acerca da participação do Judiciário na efetivação da *agenda igualitária*, as divergências serem, fundamentalmente, sobre os impactos na construção de uma sociedade ativa politicamente. Ambas as correntes reconhecem o Judiciário como

instituição estratégica nas democracias contemporâneas, com funções mais amplas que a mera função declarativa do direito.

Para o eixo procedimentalista “a crescente e invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, [que] deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa” (Werneck Vianna et al, 1999: 24). O processo corrente de tutela estatal para democratização social, representado pela judicialização da política provocaria o esvaziamento da democracia, estatização dos movimentos sociais, decomposição da política e a erosão da lei como expressão da soberania popular.

Garapon, segundo Werneck Vianna et al (1999), aponta fatores como o desenraizamento do indivíduo moderno e enfraquecimento dos vínculos sociais para que a judicialização da política e das relações sociais surjam como “último refúgio de um ideal democrático desencantado” (Garapon, 2001: 23). Isto é, o autor credita a crescente demanda aos tribunais no fim da crença da sociedade nas instituições tidas como essencialmente políticas. A valorização do Judiciário seria decorrente da “desqualificação da política e ao derruimento do homem-democrático” e seu sucesso inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas. Garapon alerta, ainda, que “a judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação – as associações e partidos políticos” (Garapon *apud* Werneck Vianna et al, 1999: 25). Neste processo, denunciado por Garapon duas são as conseqüências mais malignas: (a) o cidadão assume sua versão judiciária “o sujeito de direitos”, passivo frente ao Estado; (b) o risco à liberdade é expresso quando a criação de leis passa do *soberano* (no caso das democracias, os representantes do povo) para uma *casta sacerdotal* (juizes). Para o autor, o papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade em especial nos *pontos quentes* (questões do menor, das drogas e exclusão social em geral) (Werneck Vianna et al, 1999).

As críticas de Habermas ao Estado e ao direito social são tão ou mais duras que as de Garapon. O autor considera que a publicização da esfera privada tem construído uma sociedade crescentemente funcionalizada, isto é, a agenda igualitária falhou entre os cidadãos desvinculados de grupos sociais e se afastou do tema liberdade. Para Habermas, a chave normativa da concepção de Justiça é a

autonomia e não o bem-estar: os cidadãos teriam que se reconhecer como autores no seu direito, e não como os seus destinatários. Desta forma, “o cidadão não seria um simples participante de um jogo mercantil nem um cliente de burocracia de bem-estar, e sim um ator autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública” (Habermas *apud* Werneck Vianna et al, 1999: 29). Defensor da democracia radical, Habermas entende que a mesma depende, institucionalmente, de mecanismos que permitam ao povo criar seu próprio direito. Nesse ínterim, o controle abstrato de constitucionalidade, no modelo proposto, seria feito pelo próprio povo e, caberia aos Tribunais Constitucionais o julgamento de casos que versarem sobre a imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política, da opinião e da vontade. Para o autor, o Judiciário deve apenas se organizar de uma maneira que permita aos excluídos da participação o acesso direto aos *poderes políticos* (Ibidem). Conforme o exposto, no campo procedimental

[...]não há lugar para o ativismo judicial – o ativismo judicial em Garapon é de caráter social e se exerce estritamente no campo da sociabilidade – nem se admite um terceiro gigante, na expressão de Cappelletti. Ao Poder Judiciário somente caberia um papel ‘ofensivo’ – como em Habermas – para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano (Ibidem: 32).

Por outro lado, o eixo tido como substancialista, com Cappelletti e Dworkin como partícipes, tem perspectiva programática, da qual resulta a valorização da perspectiva material em detrimento da normativo-formal. Os autores partem de uma perspectiva não tradicional e linear de democracia e, por isso, não vêem o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas como afronta à democracia. Sua crença na democracia, “não têm expectativas de que a democracia representativa esteja dotada da capacidade de promover a razão e a justiça” (Werneck Vianna et al, 1999: 33). A experiência empírica leva-os a crer que a formação da vontade do soberano tende a excluir as maiorias. Segundo os autores, esses novos fenômenos representariam a integração de novos atores e setores à ordem democrática (Ibidem).

Cappelletti, neste sentido, associa-se a idéia de que a democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Desta forma, não reconhece que o

Executivo e o Legislativo possam se comportar como instituições de vocalização da vontade popular. Para o autor, o “Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas no processo judicial” (Werneck Vianna et al, 1999: 34).

Dworkin, assim como Cappelletti, vê na criação jurisprudencial do direito o fundamento da primazia da Constituição. O autor reconhece que os juízes não são despidos de crenças e valores, mas não vê razão para considerá-los menos competentes que os legisladores. O problema dos juízes exararem decisões políticas tem a ver com a legitimidade dos mesmos e não com sua competência para tal. Dworkin lança mão de uma ilustração, a de Hércules, que deve ser paradigma de ação dos magistrados enquanto protetores das minorias contra injustiças, a partir: (a) da aplicação de uma visão integrada do direito; (b) da tomada de decisão baseada em princípios acumulados histórica e socialmente; (c) do constrangimento da interpretação à coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política (Werneck Vianna et al, 1999). Enfim, para os autores o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as majorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo.

O eixo substancialista, representado por Cappelletti e Dworkin, a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, tão próprias do argumento republicano de Tocqueville (Werneck Vianna et al, 1999: 37).

Além do enriquecimento da discussão, a apresentação dos eixos procedimentalista e substancialista contribui no entendimento da literatura nacional. No Brasil, os estudos de Rogério Arantes (1999; 2002) tem premissas que se associam à dimensão procedimentalista, onde a efetividade dos mecanismos judiciais é colocada a prova por não darem resposta à altura daquelas esperadas nos instrumentos de democracia representativa. Por outro lado, pesquisadores ligados a Werneck Vianna, e o próprio, desenvolvem suas pesquisas com premissas de que a judicialização da política e das relações sociais precisa ser entendida e desenvolvida para estar a serviço de um modelo amplo de democracia, que leva em consideração as instituições representativas, entretanto, não as vê como única

forma de engajamento social (Werneck Vianna et al, 1997; Ibidem, 1999, Werneck Vianna, 2002, etc.).

Pode-se dizer que o embate entre as correntes deriva de uma tensão entre os elementos componentes da cidadania de Marshall (1967): os direitos de primeira geração (civis e políticos) e os direitos de segunda geração (sociais)¹⁹. Os autores até aqui apresentados não abrem mão dos ideais da *igualdade* e da *liberdade*, entretanto, têm ordem de prioridade diversa na efetivação destes direitos. Este embate não é novo e, para expô-lo, no Capítulo a seguir, o histórico e recepção dos direitos fundamentais serão apresentados.

¹⁹ T.H. Maschall define cidadania como o “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”, no qual “todos (...) são iguais com respeito aos direitos e obrigações” (MARSHALL, p. 76). A obtenção desta “integralidade” está associada, fundamentalmente, ao exercício de direitos civis, políticos e sociais.

2 DIREITOS DE PRESTAÇÃO POSITIVA

2.1 Histórico e Desenvolvimento

Para se conseguir examinar a concepção de direitos fundamentais da Constituição vigente é importante a análise do histórico e recepção dos mesmos nos sistemas jurídicos. A história dos direitos fundamentais, de sua positivação nas constituições e do desenvolvimento das noções de Estado de Direito é indissociável, tornando o estudo desta relação de interdependência no passar do tempo de suma importância.

O nascedouro do moderno Estado constitucional é encontrado nas Revoluções liberais, tendo em vista que “antes dos finais do século XVIII, não existia sequer Constituição e os governantes raramente se submetiam ao direito” (Duverger, 1985: 05). O pensamento reproduzido no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)²⁰ é um dos marcos do Estado como o conhecemos hoje, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos do homem, com sua história intimamente ligada à da limitação do poder estatal e, por fim, dos direitos fundamentais.

Ao apontar o desenvolvimento dos direitos fundamentais, Canotilho (2006) assinala a existência de seus conceitos basilares mesmo antes das Revoluções liberais:

Em geral, costuma fazer-se um corte histórico no processo de desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao Virginia Bill of Rights (12-6-1776) e à Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à idéia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais (Canotilho, 2006: 380).

²⁰ “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição” (no original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”) (Bonavides, 2005: 555).

A crítica de Canotilho ao recorte feito pelos historiadores é justa no que diz respeito ao desenvolvimento dos princípios como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, que têm origem na filosofia clássica, em especial, greco-romana e cristã. Não há como negar as contribuições jusnaturalistas como a de John Locke (1632-1704), e dos iluministas Rosseau (1712-1778), Tomas Paine (1737-1809) e Kant (1724-1804) – para citar os mais influentes. Outrossim, é pacífico que o nascedouro do processo de positivação e universalização dos direitos fundamentais teve início na Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem (1789)²¹. Estes documentos receberam uma gama de direitos, liberdades e deveres individuais cultivados ao longo do tempo, considerados os antecedentes dos direitos fundamentais, e desencadearam o reconhecimento dos “direitos humanos” e dos “direitos fundamentais”²² em tratados internacionais e constituições, respectivamente.

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinar-lhes a dimensão de ‘Fundamental Rights’ colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais (Canotilho, 2006: 377).

Estes últimos não tiveram adoção homogênea no processo de positivação desde seu reconhecimento nas primeiras constituições. Sua recepção teve caráter progressivo, sendo que, com o propósito de situar os diferentes momentos em que eles surgem como reivindicação acolhida pela ordem jurídica, classifica-se cada grupo novo de direitos somados à gama dos já existentes como uma “dimensão dos direitos fundamentais”²³.

²¹ Neste sentido: Porto, 2006: 45; Sarlet, 2007: 53; Mendes; Coelho; Branco, 2009: 238.

²² É interessante essa distinção, entre direitos humanos e direitos fundamentais, os primeiros têm caráter supranacional (ou internacional), visto que são derivados de tratados e convenções internacionais e são implementáveis, independente da ordem constitucional à qual o cidadão esteja vinculado, enquanto os últimos são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, isto é, são normas de caráter interno. Ressalta-se que tal distinção não pode ser interpretada, de forma alguma, como cláusula de incomunicabilidade, muito pelo contrário, há interação recíproca e necessária entre ambas as categorias. (Porto, op. cit.: 21).

²³ A doutrina jurídica vem substituindo a expressão “gerações” para referir-se ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, pois esta “pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, optando pelo termo dimensões, que “não aponta, tão somente, para o caráter

As revoluções americanas e francesas são o marco da *primeira dimensão* de direitos fundamentais ou direitos negativos. Com raízes na doutrina dos iluministas de influência jusnaturalista (Locke, Rosseau, Kant), a primeira dimensão de direitos fundamentais é produto do pensamento liberal do século XVIII, marcada pelo individualismo, que surge e afirma-se como garantidora de direitos do indivíduo frente ao Estado (Sarlet, 2007). Em suma, pretendia-se limitar o poder estatal, demarcando uma zona de não intervenção e garantindo o direito à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade perante a lei. Cabe ressaltar que esses direitos eram destinados ao homem, individualmente considerado, havendo inobservância dos problemas sociais e considerando a organização coletiva prejudicial ao exercício da autonomia individual. Neste sentido, “a preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes” (Mendes; Coelho; Branco, 2009: 233).

Uma das principais conseqüências das revoluções liberais foi, no século XIX, a Revolução Industrial. Deste processo, nasce o *gérmen* do fim da hegemonia burguesa: do crescimento industrial decorre a acumulação de capital nas nações mais ricas e da produção em série o desemprego torna-se epidêmico. Somado a estes fatores, as reivindicações por melhores condições de trabalho fazem surgir uma nova tensão social, não mais entre nobreza e burguesia, mas entre burguesia e proletariado, manifesta na oposição dos que possuíam os meios de produção e dos detentores da força de trabalho (Porto, 2006: 56).

Neste momento, fica evidente que a liberdade por si só não gerava igualdade material e que o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Os movimentos reivindicatórios, em especial de trabalhadores, exigiam do Estado uma atitude pró-ativa, assumindo a responsabilidade e agindo (não mais apenas se omitindo) para que a sociedade superasse seus problemas estruturais. Destaca-se, na *segunda dimensão* de direitos, seu caráter positivo, onde o Estado tem deveres prestacionais com os

cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno” (Sarlet, 2007: 54-55).

indivíduos. A partir desse momento, não se almeja mais liberdade do Estado e, sim, liberdade por intermédio do Estado²⁴ (Sarlet, 2007: 56-57). É nesta dimensão de direitos que são consagrados os principais direitos econômicos, sociais e culturais (assistência social, trabalho, lazer, saúde, educação etc.) que nascem como exigência de ação estatal.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super-poder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (Bobbio, 1992: 72).

Se a primeira dimensão de direitos fundamentais tem a liberdade como objetivo, a segunda tem a igualdade. Na constitucionalização dos direitos sociais, no pós Segunda Guerra Mundial, passa-se do entendimento de que “todos devem ser livres para serem iguais” e compreende-se que “somente sendo iguais, os homens serão livres”. Os Poderes Públicos passam, para além da mera obrigação de não fazer, a serem protagonistas sociais, tendo responsabilidade pela distribuição de riqueza e garantia de igualdade material entre os cidadãos nos seus países. É no desenvolvimento da concepção de Estado Social que se consolida a idéia de direito a prestações positivas.

Com o reconhecimento desta nova dimensão dos direitos fundamentais, surge o modelo constitucionalista contemporâneo em contraposição ao modelo liberal. Neste novo modelo estatal, Fábio K. Comparato (2002) destaca que os objetivos a serem alcançados pelo Estado encontram-se positivados na Lei Maior:

Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal, consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. [...] Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados” (Comparato, 2002: 56).

²⁴ O papel positivo do Estado encontra-se no entendimento desses direitos como aqueles “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos” Mendes; Coelho; Branco, 2009: 238.

Por último, a *terceira dimensão* de direitos fundamentais está relacionada à proteção de grupos humanos, caracterizando-se pela titularidade difusa ou coletiva de direitos. São direitos atinentes ao gênero humano e relacionados à melhoria da qualidade de vida, como os direitos à informação, à memória e à verdade, a um meio ambiente preservado e à proteção do patrimônio histórico, cultural e científico da humanidade (Porto, 2006: 60).

É nesta dimensão dos direitos fundamentais que se acrescenta ao Estado de Direito o adjetivo “Democrático”. Entretanto, como bem lembra Sarlet (2007) essa gama de direitos encontra-se, na sua maioria, fora da positivação constitucional e, se comparada às outras dimensões, em sua fase de reivindicação. A característica difusa ou coletiva desses direitos indica a impossibilidade de fruição individual.

Por fim, embora haja quem fale ainda em direitos de *quarta dimensão*, a mesma não se encontra consagrada na literatura internacional e doméstica, conquanto positivada. Seria ela o desenvolvimento dos direitos almejados na terceira dimensão de direitos fundamentais, como o direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo (Sarlet, 2007: 60-61).

A cada dimensão dos direitos fundamentais desenvolvida percebe-se significativas modificações no papel do Estado que, inicialmente, era coadjuvante na sociedade devendo, em regra, não-fazer. Atualmente, a ação estatal deve buscar a promoção de igualdade material entre os cidadãos, garantindo-lhes o pleno exercício da liberdade, além do comprometimento com o meio ambiente, a qualidade de vida, a democracia, dentre outros.

2.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

No Brasil, o processo de elaboração da Constituição de 1988 teve especial cuidado com os direitos fundamentais. Naquele momento o Brasil sepultava o regime autoritário que perdurou por mais de 20 anos, sendo a Carta o resultado de

um amplo processo de discussão oportunizado pela redemocratização. Foram recepcionados direitos fundamentais de todas as dimensões, demonstrando conexão com a Declaração Universal de 1948 e os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos. Houve plena recepção dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da proteção à vida, à liberdade e à propriedade, assim como o comprometimento estatal em promover a igualdade material entre os cidadãos e proteger os direitos políticos (Sarlet, 2007: 80).

Em resumo, a Carta Política abre as perspectivas de realização social profunda pela prática de direitos prestacionais, possibilitando concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana. A Carta de 1988 recepcionou a proteção institucional aos direitos fundamentais, surgida com os direitos fundamentais de segunda dimensão:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude (Bonavides, 2005: 565).

No intuito de reforçar a imperatividade das normas de direitos e garantias fundamentais, para não fazer delas letra-morta, o constituinte, se inspirando, principalmente, nas constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha²⁵, atribuiu no art. 5º, § 1º aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais nos seguintes termos: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. O objetivo essencial dessa cláusula é ressaltar o caráter preceptivo dessas normas, e não meramente programático, ligado à necessidade de superar a concepção do Estado de Direito formal, onde tais direitos só ganham

²⁵ A Lei Fundamental da Alemanha de 1949, ao tratar dos direitos fundamentais, estabelece, no art. 1º: “Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. No artigo 18 da Constituição portuguesa, de 1976, a matéria aparece assim: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. O mesmo entendimento tem a Constituição da Espanha, de 1978, que no art. 9º diz: “Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, social e cultural” (Piovesan, 2006: 35).

forma quando regulados, deixando-os a mercê da (in)atividade legislativa (Mendes; Coelho; Branco, 2009: 251)²⁶.

Sobre o alcance deste dispositivo, há de se destacar que não existe, no texto constitucional, distinção entre os direitos liberais e sociais, fazendo com que todos os dispositivos do Título II da Constituição²⁷, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” sejam alcançados por tal preceito. Nesse sentido, realizada a interpretação do dispositivo de aplicabilidade imediata combinado com o §2º do mesmo artigo, que refere: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conclui-se que os direitos enumerados no Título II não são exaustivos, havendo a possibilidade de aplicação do mesmo princípio para direitos fundamentais deslocados desta parte da Constituição e, até mesmo fora dela, como no caso dos tratados internacionais.

No que diz respeito aos direitos passíveis de aplicabilidade imediata (quanto à classificação e não à localização) Sarlet (2007) reforça a tese de amplitude do dispositivo, enfatizando a *vontade do constituinte* de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais. Pondera-se, também, a falta de força normativa do art. 5º, § 1º, de transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, fazendo com que tais direitos reclamem intervenção do legislador. Ainda que faça essa consideração, o autor afirma que a necessidade de regulamentação dos dispositivos não pode limitar o direito subjetivo do titular, isto é, desconsidera o argumento de que alguns direitos só atingem plena eficácia após uma *interpositio legislatoris*. (Sarlet, 2007: 276-277).

²⁶ No mesmo sentido vão as palavras de Flávia Piovesan, ao dizer que: “Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos.” Segundo a autora, o princípio da aplicabilidade imediata intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais, realçando o dever dos Poderes Públicos de garantir-lhes eficácia máxima e imediata (Piovesan, 2006: 35-36).

²⁷ Que compreende os Capítulos: I Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), onde os direitos liberais e de funcionamento do Estado são expressos; II Dos Direitos Sociais (art. 6º a art. 11), que prevê os deveres do Estado de garantir saúde, educação, moradia, assistência social, etc. e expressa os direitos trabalhistas e sindicais; III Da Nacionalidade (art. 12 e art. 13), que define quem são os brasileiros e outras questões de nacionalidade; IV Dos Direitos Políticos (art. 14 a art. 16) que define as formas de exercício da soberania popular, a periodicidade eleitoral e quem pode votar e ser votado; V Dos Partidos Políticos (art. 17) com regras sobre fundação e manutenção dos partidos.

Eros Grau (2005) advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, apontando que o cuidado do Constituinte para garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está na criação dos instrumentos processuais que combatem a omissão do Poder Público, em especial do Legislativo; são eles: o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF) (Ibidem: 320 ss.).

Por outro lado, Canotilho (2006) associa a aplicabilidade imediata a um tipo de *normatividade qualificada*, que nem sempre permite que direitos, liberdades e garantias dispensem a concretização através da ação legiferante (Ibidem: 438). No mesmo sentido é o entendimento do constitucionalista José Afonso da Silva (1999), ao dividir os direitos que necessitam de *regulamentação*: os direitos individuais e democráticos têm eficácia contida e aplicabilidade imediata; os direitos sociais, que mencionam lei integradora, são eficácia limitada e aplicabilidade imediata (Ibidem: 165).

Diante do exposto, parece mais adequada a posição intermediária, adotada por grupo relevante de juristas²⁸ que considera o dispositivo:

[...] uma norma princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível (Mendes; Coelho; Branco, 2008: 263).

À luz destas considerações é possível adentrar na temática da obrigação estatal de efetivar os direitos fundamentais a prestações positivas. Com a apresentação do histórico dos direitos fundamentais foi possível situar as teorias que forneceram substrato à elaboração da Carta de 1988. A análise das teorias jurídicas sobre o princípio da aplicabilidade imediata descarta a caracterização dos direitos sociais como normas programáticas e abre o estudo dos mecanismos para sua efetivação.

²⁸ A exemplo de: Piovesan e Vieira, 2008; Sarlet, 2007; Porto, 2006.

2.3 Direitos prestacionais e a obrigação estatal de efetivação

Como visto, a efetivação dos direitos fundamentais está diretamente ligada à compreensão dos dispositivos constitucionais como normas de ordem prática e não meramente programática:

O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos (Barroso, 2009a: 43).

Preliminarmente, é necessário expor de que forma é possível efetivar direitos e garantias fundamentais, a partir de suas diferenças objetivas. Sarlet²⁹ apresenta a distinção amplamente aceita na doutrina, dividindo os direitos fundamentais a partir de suas funções, entre: os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais. Os primeiros identificam-se pela natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, efetivados pela omissão estatal, em conformidade com os ideais liberais. Neste grupo estão, principalmente, os direitos de liberdade, igualdade formal, direitos políticos fundamentais, isto é, são os mecanismos de defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado.

Os direitos sociais prestacionais têm por objeto a conduta positiva do Estado: sua efetivação se dá a partir da conduta ativa do Poder Público, estabelecendo-se a obrigação de *fazer* ou de *dar*. Fundados na concepção de Estado Social e com o objetivo de combater as desigualdades na sociedade, os direitos sociais são a expressão do entendimento que a libertação das necessidades propicia ao indivíduo o gozo da liberdade de fato (Mendes; Coelho; Branco, 2009: 259)³⁰.

²⁹ A partir de formulações de Robert Alexy e Jellinek, Sarlet apresenta o modelo que considero mais apropriado para classificar os direitos fundamentais (Sarlet, 2007: 194).

³⁰ Neste sentido, também, é a posição de Gustavo Amaral quando diz que “[...] a teoria dos direitos fundamentais do Estado Social pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real”, reafirmando o compromisso estatal com o suprimento das necessidades básicas do cidadão para que o mesmo possa ser livre (Amaral, 2001: 107).

[...] os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da Segunda dimensão, correspondente à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra (Sarlet, 2007: 205).

Ainda no que concerne aos direitos prestacionais, Sarlet (2007) apresenta a distinção entre direitos prestacionais *lato* e *stricto sensu*, sendo que estes seriam direitos a prestações materiais que o indivíduo, caso dispusesse de recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, identificando-os como direitos sociais; já aqueles seriam “todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa”. Os direitos prestacionais em sentido amplo constituem a obrigação estatal normativa, ou seja, requerem a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos o pleno gozo dos direitos de participação na organização e procedimento, em suma, exigem uma prestação ou regulamentação do legislador³¹.

Os direitos a prestações materiais mais significativos encontram-se elencados no artigo 6º da Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição”. Não se pode esquecer, como bem exposto por Flávia Piovesan (2006), “[...] um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade” (Ibidem: 131), no Título VIII, “Da Ordem Social”.

Conforme destacado anteriormente, no direito comparado, percebe-se que o regime constitucional brasileiro adota uma lógica muito semelhante ao português no concernente a direitos prestacionais *stricto sensu*. Os direitos à prestação social significam direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação,

³¹ Tal distinção, recepcionada pela doutrina pátria, tem origem nos escritos de Robert Alexy ao afirmar que: “[...] os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo, já que estes dizem com a atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado democrático de Direito e não propriamente como garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social” (Alexy, 1994 *apud* Sarlet; Figueiredo, 2008, p. 15).

seguridade social), caso não tenha meios financeiros suficientes para obter tais prestações junto à iniciativa privada (Canotilho, 2006: 408).

À luz do exposto, cumpre analisar como deve se dar a ação dos poderes públicos na efetivação de direitos prestacionais. Para compreender o papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é preciso repensar a noção de *separação* dos poderes, pois a interpretação sistemática da Constituição e das teorias sobre o tema demonstra a clara intenção de distribuição de competência e, também, inter-relacionamento entre os poderes.

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões 'separação dos Poderes' ou 'divisão dos Poderes', referindo-se unicamente à necessidade do 'equilíbrio entre os Poderes', do que resultou entre os ingleses e norte americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de *freios e contrapesos*, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor original: 'le pouvoir arrête le pouvoir'. Seus apressados seguidores é que deturpam o pensamento e passaram a falar em 'divisão' e 'separação de Poderes', como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isso não ocorre, porque o Governo é resultante da interação dos *três Poderes de Estado* – Legislativo, Executivo e Judiciário – , como a Administração o é de todos os órgãos desses *Poderes* (Meirelles, 2006: 61).

O regramento constitucional, por certo, vincula os Poderes Públicos na implementação dos direitos prestacionais. Tendo em vista que o mandado de otimização dos direitos fundamentais regrado pelo art. 5º, § 1º, da Constituição impõe a todos os órgãos dos Poderes Públicos o dever de garantir a estes direitos a maior eficácia possível.

A necessidade de ação concatenada de todos os Poderes atrela-se ao caráter dirigente da Carta de 1988: “As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil” (Canotilho, 1982: 286-287). O dirigismo da Constituição está no estabelecimento de programas e fins a serem perseguidos pelo Estado – vinculando todos os poderes públicos – e pela sociedade, tendo suas normas transformadas em um plano normativo-material global. É dever do Estado como um todo garantir o fornecimento de prestações positivas à sociedade e, a esta, o direito de exigí-las,

através da realização de políticas públicas com o intuito de cumprir os objetivos fundamentais da República, enumerados no art. 3º, da CRFB³² (Grau, 2005: 78).

Diante do panorama do dirigismo constitucional, no que diz respeito aos direitos prestacionais, cabe analisar a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na sua efetivação. A Constituição portuguesa prevê a mesma vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, no que concerne ao sentido proibitivo da vinculação, o fato de o Legislativo, de forma alguma, poder criar atos legislativos que contrariem as normas e princípios constitucionais. No que se refere à dimensão positiva de atuação do poder legiferante, ressalta-se o dever de suprir a falta de ordenação legal para o exercício de certos direitos (ex: direito à cidadania), assim como é tarefa do legislador ordinário a criação ou regulamentação de procedimentos, instituições, organizações para o exercício de determinados direitos (Canotilho, 2006)³³.

A vinculação da Administração Pública³⁴ apresenta dimensão negativa muito semelhante ao Legislativo, não podendo cometer atos e desenvolver políticas que contrariem as disposições sobre direitos fundamentais. Contudo, o mais instigante na vinculação da Administração é o dever de desenvolver e executar políticas públicas voltadas ao cumprimento dos preceitos constitucionais e, portanto, ao interesse público. Os direitos sociais à prestação reclamam, em regra, atuação positiva do Executivo, a fim de implementar uma prestação constituinte de direito fundamental, já que os direitos sociais a prestações se encontram vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e à criação de bens essenciais não-disponíveis para todos que necessitem (Silva, 2006).

³² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³³ No mesmo sentido, é o entendimento da doutrina pátria: “[...] não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa” (Mendes; Coelho; Branco, 2009: 245).

³⁴ Compreendendo não somente pessoas jurídicas de direito público, mas, também, pessoas de direitos privado que disponham de poderes públicos (Ibidem: 247).

Ademais, para além das tarefas atinentes aos poderes Legislativo e Executivo, há ainda previsão de mecanismos de participação popular na formulação e implementação de políticas públicas. Encontra-se, no sistema normativo, um leque de possibilidades de atuação da sociedade junto ao Parlamento e à Administração. A participação pode se dar através da chamada democracia direta, com a utilização de instrumentos como o referendo, o plebiscito ou a iniciativa popular³⁵. Também pode ser proposta a partir de meios que, juntamente com a Administração Pública, pretendem cooperar para uma administração participativa, que pode se dar através da participação de cidadãos em conselhos públicos em todos os níveis, a exemplo dos Conselhos de Saúde, existentes nos níveis federal, estadual e municipal.

Um avançado regramento a ser destacado é a lei 10.257, de 10 de julho de 2001. O *Estatuto das Cidades* inseriu no sistema normativo brasileiro a obrigatoriedade da “gestão democrática da cidade”, a ser garantida por: a) órgãos de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; b) debates, audiências e consultas públicas; c) conferências sobre assuntos de interesse urbano, em todos os níveis; d) iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Tais instrumentos têm o objetivo de garantir ampla participação e debate nas políticas de desenvolvimento urbano, principalmente as ligadas à questão fundiária e de sustentabilidade ambiental e econômica.

Apresentados os instrumentos de vinculação dos Poderes Públicos e de participação popular nas políticas públicas, seria possível concluir que o sistema brasileiro é harmônico e cumpre com os pressupostos de democracia na elaboração e implantação de suas políticas públicas. Ocorre que a prática se mostra diferente da letra da lei. A vinculação do Executivo e do Legislativo à efetivação de direitos fundamentais e os mecanismos de participação popular são, por vezes, parte do normativismo jurídico.

Os mecanismos de participação e demanda da sociedade aos Poderes representativos pressupõem dois elementos fundamentais: (a) efetivação dos mecanismos de participação por parte do Executivo e/ou Legislativo; (b) organização social para demandar. O primeiro exige dos representantes uma postura dialógica com a sociedade, visto que, para a realização de referendos, plebiscitos e

³⁵ Consagrados no art. 14 da CRFB enquanto mecanismos de exercício da soberania popular.

organização de audiências públicas, por exemplo, é necessária a convocação da população para tal feito. Destaque-se, ainda, que este tipo de participação, ao menos inicialmente, tem atuação “passiva” dos cidadãos, em razão da necessidade de convocação. Ainda cumpre destacar a limitação material das consultas populares que expõem aos participantes, em regra, a possibilidade de dizer “sim” ou “não” a determinada proposta, sem existir a possibilidade de apresentação de propostas alternativas às colocadas pela Administração³⁶.

Por outro lado, existe a possibilidade de constituição das demandas por organização societal. A Constituição de 1988 estabeleceu a possibilidade de propositura de lei por iniciativa popular³⁷. Para tanto os projetos devem ser subscritos por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional e estas assinaturas precisam vir de pelo menos cinco Estados e três décimos dos eleitores em cada um deles. No âmbito municipal, em regra, são exigidas assinaturas de 2% do eleitorado.

À luz do exposto, dois argumentos são fundamentais para compreender os limites da relação com os poderes representativos através dos mecanismos de democracia direta. Em primeiro lugar, expostos os instrumentos legais de participação, pondera-se a diferença entre a propositura de um projeto de lei de iniciativa popular e o ajuizamento de uma ação judicial. O cidadão que deseja ver determinada demanda tornar-se lei e, ainda, sua efetividade ser garantida (ao menos formalmente) a um segmento da população precisa estar inserido em uma grande mobilização para ver seu pedido concretizado. Por outro lado, este mesmo cidadão pode, sozinho, propor ação judicial contra o Estado, na busca da efetivação de um direito, e assim satisfazer suas necessidades.

³⁶ O município de Porto Alegre, em agosto de 2009, realizou Consulta Popular para decidir sobre a forma de edificação a ser realizada em um terreno às margens do Lago Guaíba, que banha a cidade. Ocorre que, às possibilidades aos votantes restringiram-se à edificação de prédios residenciais ou comerciais. Tal votação não ponderava, por exemplo, a possibilidade de não construir prédio algum às margens do Lago, proposta defendida por um grupo de militantes ambientais da Capital do Rio Grande do Sul.

³⁷ A Iniciativa popular é consagrada enquanto instrumento de soberania popular no artigo 14, inciso III, da CRFB/88: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] III - Iniciativa popular.” No artigo 61, § 2º há um regramento genérico do instrumento “§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. A lei 9.709 de 1998, advinda 10 anos depois da promulgação, regulamenta sua utilização.

A segunda questão a ser colocada diz respeito aos momentos políticos de interação entre os poderes representativos e os cidadãos. Os mecanismos de participação direta supracitados ocorrem em momentos de formulação das políticas públicas, seja pela Administração ou pelo Legislativo. A população (quando e se) é chamada a opinar sobre determinada política, o faz no momento anterior a sua implantação. Ocorre que tais mecanismos não vinculam a ação dos agentes públicos, isto é, se determinada demanda for aprovada em audiência pública o não acolhimento de tal determinação deixa a população, em regra, sem ter o que fazer.

O problema se coloca da seguinte forma: quando alguém precisa da prestação de determinado serviço público de competência do Estado, não encontra junto à Administração ou ao Legislativo mecanismos eficazes de demanda do seu direito. Passada a fase de elaboração das políticas, a não-efetivação das mesmas não encontra nos Poderes representativos espaço para demanda direta. Exemplo corrente nos tribunais é o pleito por vagas em escolas de Educação Infantil³⁸. O direito à educação está consagrado no artigo 6º da Constituição Federal, sendo das prefeituras a competência da efetivação deste direito no nível pré-escolar. Contudo, somente o exemplo do Rio Grande do Sul aponta centenas de exemplos de famílias que, para ver garantido o exercício deste direito, têm de recorrer aos tribunais.

O respaldo para a propositura de ações judiciais com o intuito de efetivar direitos se dá porque, assim como o Legislativo e o Executivo têm de agir para a efetivação dos direitos fundamentais, sua defesa é tarefa própria do Poder Judiciário. Para tanto, pode-se referir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV, da CF), gerando, de imediato, algumas conclusões: cabe às cortes conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível; o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de recusar-se a aplicar preceitos que não respeitem os direitos fundamentais; deve haver observância a tais direitos no curso do processo e nas decisões proferidas, sejam elas concernentes aos direitos público, privado ou estrangeiro.

³⁸ Uma rápida busca na página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br) com a chave “educação infantil dever do Estado” aponta para 100 casos (o máximo de casos expostos pelo portal) no período de um ano. Tais ações são, em regra, movidas por particulares e, eventualmente, pelo Ministério Público, com o intuito de garantir vagas em instituições de Educação Infantil a crianças em idade pré-escolar.

A sensibilização das cortes às demandas relacionadas a lesões de direitos fundamentais tem, arraigada na Carta Política, instrumentos que possibilitam aos indivíduos litigar na defesa de direitos frente a ações ou omissões do Poder Público. Têm relevância, enquanto meios de controle do judiciário na exigência de direitos a prestações, em especial: o mandado de segurança (individual e coletivo), a ação civil pública, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A função do Judiciário na implementação de políticas públicas é ressaltada por Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva (2007) quando afirma que a intervenção judiciária só se dá em casos extremos, para cumprir a regra constitucional, sendo, em regra, tarefa dos Poderes Legislativo e Executivo a criação, normatização e implementação de políticas públicas. A autora resalta que o conhecimento destas ações pelo Judiciário não o faz substituir-se ao legislador e, sim, garante o cumprimento da Constituição, conferindo a necessária relevância ao núcleo de direitos sociais, garantindo uma vida saudável e digna ao cidadão.

À luz destes estudos, confirma-se a responsabilidade estatal de garantir os recursos dos quais o indivíduo necessita para garantir sua dignidade, se este não tiver meios financeiros particulares para satisfazer tais necessidades. Não obstante, por mais que os constitucionalistas destaquem as possibilidades judiciárias de tutela de direitos fundamentais, sua problematização é imprescindível.

Diante de todo o exposto, fica claro que a expansão de competências do Poder Judiciário, e a conseqüente judicialização da política no Brasil, tem origem e desenvolvimento intrinsecamente ligado à obrigação estatal de dar efetividade aos direitos fundamentais e, dentre os Poderes constituídos, o *Terceiro Poder* tem a tarefa de guarda e fiscal. São diversas as possibilidades de tutela judicial dos direitos sociais. Escolheu-se a análise dos processos de litigância coletiva por serem estes instrumentos de maior abrangência e que envolve uma gama de atores peculiares e de inserção social diferenciada. A exposição de como a efetivação dos direitos sociais tem se dado na esfera judicial é o objeto do Capítulo 3.

3 AÇÕES COLETIVAS E A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Conforme o examinado anteriormente, a judicialização da política no Brasil tem desenvolvimento casado com o regime constitucional de 1988 e centro no sistema de defesa dos direitos fundamentais. Parte relevante deste “novo” sistema é a criação de mecanismos processuais de tutela coletiva que ampliam o acesso ao Poder Judiciário, em especial de grupos de interesse. Em resumo, nos últimos 20 anos desenvolveu-se um amplo sistema que trouxe aos tribunais um novo tipo de conflituosidade e inseriu novos atores na defesa de direitos (Casagrande, 2008).

A possibilidade dos tribunais solucionarem conflitos sociais e coletivos mudou substancialmente seu papel histórico de, com exceção do direito penal, colocar-se enquanto solucionador de conflitos contratuais e patrimoniais entre particulares. Ademais, o reconhecimento dos “corpos intermediários da sociedade” na propositura de ações coletivas, reconhecidos pela Constituição vigente, é resultado de duas variáveis e situadas na luta anti-autoritária que precedeu a redemocratização:

[...]de um lado, a emergência da sociedade civil, do associativismo e das formas livres de participação políticas desvinculadas da tutela do Estado; [...] o desenvolvimento pela *intelligentsia* jurídica, de uma corrente de pensamento preocupada com a necessidade de se dar aos grupos sociais pleno acesso ao Poder Judiciário (Casagrande, 2008: 68).

Há de se destacar que a litigância de interesse público, através das ações coletivas brasileiras ou das *class actions* norte-americanas não é propriamente uma inovação jurídica. Já no Direito Romano havia instrumento de defesa do *interesse público*. Os romanos desenvolveram uma sistemática jurídica que tinha, em regra, uma relação direta entre o sujeito e o objeto, isto é, imbuído de concepção individualista só poderia ser autor de uma *actio* o litigante que tivesse interesse de agir. Ninguém podia judicar em nome de outrem, a não ser em favor do povo. Surge aí a *actio popularis*, com o objetivo de defender os objetos que eram da coletividade.

De especial interesse para o que hoje chamamos de ‘tutela judicial de interesses metaindividuais’ era a vetusa *actio popularis*, cuja finalidade *coletiva* ou *pública* vinha revelar – *a contrario sensu* ou por exclusão – a natureza individualista das demais *actiones*, já que, enquanto estas derivavam da pretensão pessoal de um afirmado titular acerca de um direito resistido, já a *actio popularis* vinha destinada a uma finalidade pública, donde poder ser manejada por qualquer do povo (*cuivis de populo*)” (Mancuso, 2008: 27).

Pode-se considerar que as ações populares do processo romano foram a forma embrionária de tutela judiciais dos interesses coletivos. Duas contribuições daquele tipo de ação são relevantes até hoje: (a) legitimação para agir por categoria, isto é, os membros de uma categoria ou grupo são legitimados para litigar em nome dos demais; (b) legitimidade fundada na idônea representatividade do portador judicial que, mais adiante, nas *class actions* nos EUA, permite ao representante mais adequado (com mais condições) a representação coletiva (Mancuso, 2008). As condicionantes processuais da *actio popularis* romana são muito semelhantes à ação popular brasileira, em especial sua formatação restrita pré-Constituição de 1988, como será visto mais adiante.

Com o declínio do Império Romano, na Idade Média, a organização social e política modificou-se, bem como o Direito Romano. Merecem destaque os litígios surgidos no período final da *Idade das Trevas*, quando os feudos passaram a relacionar-se entre si e com outras estruturas. Neste momento novos conflitos surgem, envolvendo interesses de grupos: a exemplo das sociedades por ações (que buscavam reunir fundos para grandes empreendimentos na época dos descobrimentos) e das sociedades de assistência mútua (primórdios dos regimes previdenciários, que prestavam assistência médica e financeira a seus associados)³⁹. Por mais modestas que tenham sido as incursões medievais no campo do processo coletivo, ao menos serviram como elo entre a *actio popularis* romana e as modalidades de ação coletiva que surgem a partir do Século XIX, decorrentes da nova organização social, da qual decorre a formação de sindicatos, a revolução industrial e, mais adiante, o Estado Social (*Welfare State*) (Mancuso, 2008).

³⁹ Rodolfo Mancuso (2008) apresenta os motivos e conseqüências dos conflitos entre estes grupos. Destaque-se que, estes conflitos, eram – essencialmente – privados. Mas, por concernirem a número expressivo de sujeitos reunidos em torno de um objetivo comum, apresentavam coesão suficiente para merecerem tutela em modo coletivo. “Note-se, aí, o que pode ser o remoto precedente dos atuais *interesses individuais homogêneos*, que, em sua essência, são divisíveis e concernentes aos seus titulares, mas por se apresentarem uniformizados em virtude de origem comum, comportam tutela judicial de modo coletivo (Ibidem, 2008: 32).

Somente dois mil anos depois da criação das *actio popularis* que, no direito norte-americano, as ações coletivas ganham robustez e importância na elaboração doutrinária, legal e jurisprudencial com as *class actions*⁴⁰.

[Uma *class action*] permite que seja levada ao tribunal uma demanda, proposta por (ou em face de) um grande número de indivíduos ou organizações que tenham interesses correlatos, em situações em que seja mais eficiente e eficaz a responsabilização em termos coletivos que individuais. Tais ações acabaram tornando-se extremamente populares, sendo certo que nas cortes federais americanas têm sido usadas em demandas antitruste, securitárias, em casos ambientais, relativos à discriminação sexual e racial, postulando benefícios governamentais, e ainda contra o uso de produtos tóxicos (Leonel, 2002: 64)

A *class action* é o instrumento pelo qual um ilícito gerador de dano a uma coletividade – dispersa, porém determinável – pode ser apreciado em somente um processo: o *public interest litigation*, processo coletivo em que se busca assegurar a observância de direitos constitucionais ou sociais a minorias ou pessoas em condição de hipossuficiência (Casagrande, 2008). As *class actions* têm seu primeiro regramento no direito estadunidense em 1842. Surgidas como procedimento excepcional, com as alterações em 1938 e 1966 do seu regramento e, principalmente, a massificação da sociedade e de seus conflitos, este tipo de ação ganhou papel central no sistema judicial dos EUA⁴¹. A Regra 23 das *Federal Rules*, modificada pela última vez em 1966, determina os pré-requisitos e as categorias de *class actions*:

(a) 'Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe'. Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*).

⁴⁰ As referências às *class actions* remetem, neste trabalho, ao instituto dos EUA. Outrossim, desde a Idade Média há referência a este tipo de ação nos países de *common Law* (Direito Comum). Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e Canadá, além dos Estados Unidos, adotam esta sistemática legal e tem presente a *equity* (julgamento igual a partir de caso análogo), que torna o processo coletivo algo que faz muito sentido no sistema judicial destes países (Mancuso, 2008).

⁴¹ "As *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938 fixaram, no art. 23, as seguintes regras fundamentais: a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a *representatividade adequada*; c) ao juiz também competiria a aferição da existência da *comunhão de interesses* entre os membros da *class*" (Grinover, 2001: 21). É deste regramento de 1938 em que o grau de comunhão de interesses gera a classificações das ações em: *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme o direito objeto do litígio e com diversas consequências processuais (Ibidem).

Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações:

(b) '*Prosseguimento da ação da classe*: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da alínea (a) e ainda:

(1) o prosseguimento das ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:

(A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe;

(B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte do julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou

(2) a parte que se opõe à classe agir ou recusar-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou

(3) o juiz decidir que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia (Grinover, 2001: 22-23).

Como se pode perceber, as *class actions* mais do que amplos efeitos decisórios têm presentes, durante todo o rito, a participação da *class*, sua concordância ou não com a ação, etc. Elemento de destaque e que merece distinção no ordenamento pátrio, diz respeito à representação processual nos EUA ser, prioritariamente, pela classe, com inexistência de ente como o Ministério Público e a Defensoria Pública que, no Brasil, têm legitimidade para litigar em causas coletivas.

Há de se destacar que, os requisitos da Regra 23 têm como pano de fundo a preferência por ações individuais, isto é, sempre que possível, nos Estados Unidos, a litigância individual deve prevalecer sobre a coletiva. Por outro lado, no Brasil, o sistema que será exposto a seguir, tende a dar preferência a ações coletivas que, no entendimento de alguns autores, não são dotadas de eficácia em razão de suas decisões genéricas (Grinover, 2001).

Se nos Estados Unidos as ações coletivas surgem como demanda pragmática, de economia processual e para homogeneizar decisões para grandes grupos de autores e réus, cunhado nos processos cíveis, no Brasil é diferente. Bebendo da tradição romano-germânica, o direito brasileiro dá origem aos seus instrumentos de tutela coletiva calcados no *interesse público*. Este é o elemento motivador da primeira formatação da Ação Popular, na Constituição de 1824: a

defesa do patrimônio público. É certo que o país demorou muito mais que os norte-americanos para alargar o conceito de interesse público para além do patrimônio público. Outrossim, tem de ser dito, que os instrumentos de litigância coletiva no Brasil, e demais países com a mesma tradição, estiveram sempre ligados ao Direito Público.

A Assembléia Nacional Constituinte institucionalizou, mas não inventou, a *litigância de interesse público*. Seguindo as tendências internacionais, dos expostos anteriormente *novos papéis do Judiciário*, e as grandes mobilizações do período de redemocratização, os interesses coletivos passaram a ser objeto de ação dos tribunais. Para Casagrande (2008), a legitimação de camadas intermediárias da sociedade na propositura de ações de natureza coletiva foi a resultante de duas variáveis: “[a] a emergência da sociedade civil, do associativismo e das formas livres de participação política desvinculadas da tutela do Estado; [...] [b] o desenvolvimento, pela *intelligentsia* jurídica, de uma corrente de pensamento preocupada com a necessidade de dar aos grupos sociais pleno acesso ao Poder Judiciário” (Ibidem: 68).

Este segundo processo tem origem em meados da década de setenta, através da discussão pelos processualistas brasileiros da temática do acesso à justiça. Referenciados no italiano Cappelletti, este grupo de juristas pautava a necessidade de reformas no intuito da coletivização do processo. A inspiração de Cappelletti decorre dos muitos anos vividos nos EUA, onde foi possível observar o papel das ações coletivas no seio da sociedade norte-americana. Desta vivência surgem suas observações acerca da necessidade de estabelecer novas formas de representação dos grupos de interesse nos sistema de *civil Law*, como o brasileiro (Casagrande, 2008).

As considerações de Cappelletti acerca da temática são, inicialmente, expostas em uma série de conferências ministradas em congressos jurídicos na Itália, que tiveram participação de processualistas brasileiros, na primeira metade da década de 70⁴². Mesmo inexistindo estudos específicos sobre o caso brasileiro, o

⁴² O IX Congresso Internacional da Academia Internacional de Direito Comparado e o Congresso de Pavia sobre o tema “As ações para a tutela de interesses coletivos, em 1974; o encontro de Florença, sobre “Liberdades Fundamentais e formações sociais” e o III Congresso Nacional da Associação Italiana de Direito Comparado, sobre a “A tutela jurídica dos interesses difusos, com

professor e magistrado, José Carlos Barbosa Moreira, identifica os primeiros indícios de processos coletivos no regramento brasileiro, em artigo publicado em 1977: “Liberdades Fundamentais e formações sociais”. A ação popular, através de sua lei de 1965, faculta aos cidadãos o controle dos atos lesivos ao patrimônio público. Isto pode parecer óbvio, dado os amplos debates acerca dos procedimentos coletivos da atualidade, entretanto, Barbosa Moreira pode ser considerado o precursor da doutrina sobre litigância de interesse público no campo jurídico. Seus estudos serviram de inspiração aos juristas e operadores do direito sobre a temática de proteção judicial dos interesses coletivos (Casagrande, 2008). Desta discussão inicial acerca da ação popular e seus efeitos que surgem as movimentações que dão origem, em 1985, a um tipo de processo coletivo mais amplo, a ação civil pública.

Para além das discussões nos meio acadêmicos, o Ministério Público, em especial o de São Paulo, teve papel fundamental na elaboração do sistema de litigância coletiva brasileiro. Alçado a papel central no sistema de Justiça com a Constituição de 1988, ganhando independência dos demais poderes, inclusive do Judiciário, o órgão ministerial construiu no período pré-constituente as condições para que isso acontecesse e que a normatização de direitos difusos e coletivos ocorresse.

As mudanças legislativas pré-constituente já apontavam para uma ampliação do papel do MP, outrora responsável por duas funções: (a) fiscalização da lei, isto é, aplicação da lei pelo juiz no que diz respeito aos direitos de indivíduos hipossuficientes, em geral na área de família, sucessões e etc.; (b) titular da ação penal pública, com a função de acionar o Poder Judiciário em nome do Estado, com o objetivo de aplicação de pena aos crimes codificados. O primeiro indício de que o MP seria protagonista no sistema de processo coletivo em gestação foi na institucionalização da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). O regramento cria a *ação de responsabilidade civil e criminal* por danos causados ao meio ambiente, novidade no campo da tutela de direitos difusos e coletivos, no campo dos procedimentos e na legitimação do MP para sua propositura (Arantes, 1999).

particular atenção à proteção do meio ambiente e dos direitos dos consumidores” são as principais conferências da temática (Grinover, 1984 *apud* Casagrande, 2008).

A Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, definiu a nova organização do Ministério Público. No inciso III, de seu artigo 3º a referida lei institui que cabe ao MP “promover a ação civil pública nos termos da lei”. Em concordância com a Lei Orgânica Nacional, a Lei Orgânica do MP de São Paulo, no ano seguinte, traz a ação civil pública como instrumento de atuação do órgão. Os quatro anos que se passam entre a primeira aparição do instrumento e sua regulamentação de 1985, são fundamentais para consolidação e pacificação sobre quais seriam os objetos de tutela da ACP, foro competente e atores legitimados (Arantes, 1999). A Lei 7.347 de 1985 veio, portanto, como forma de regulamentar um instrumento pré-existente (que será analisado mais profundamente a seguir) no intuito de responsabilizar os autores de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Arantes (1999, 2002) identifica em sua pesquisa que este processo teve no MP um *centro de ebulição*, através do que chama de estratégia “dois passos pra frente, nenhum pra trás” (Idem, 1999: 85) no que tange à evolução legislativa e processual. Tal processo fica evidenciado na visão de um dos promotores entrevistado pelo autor:

Eu acho que você pode determinar a Lei 6938, de 1981, que foi a lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, como marco inicial do MP nessa área. (...) Então, a partir daí, o Promotor passou a funcionar como defensor do interesse coletivo, mas ainda sem instrumento processual próprio. Ações pioneiras (como o derramamento de óleo em Bertioga em 1983, Vila Socó e outras) revelaram a necessidade de haver um rito processual próprio, uma ação específica para tutelar esse interesses, **e aí houve uma série de estudos e até um movimento de lobby que levou à criação e edição da Lei 7347, de 1985, que foi a lei que criou a ação civil pública. E isso tudo num contexto histórico da época da liberalização do regime, da abertura política. Então havia aquela avidez pela cidadania, pela participação**, tudo aquilo que estava reprimido pelo regime autoritário, participar da discussão dos assuntos de interesse público (...) (Arantes, 1999: 85, **grifo do original**).

Desta forma, o processo constituinte, desencadeado em 1986, tinha a partir de várias fontes, subsídios para constitucionalização dos instrumentos de litigância de interesse público: (a) a influência de doutrinadores nacionais e estrangeiros; (b) a influência e pressão do MP para ampliação de suas competências através da ACP; (c) os precedentes legislativos, desde 1965, carentes de efetividade. Estes fatores podem ser apontados como os determinantes para a resultante encontrada na Carta de 1988.

Processualmente, a diferenciação da tutela jurisdicional coletiva da individual dá-se através de dois grandes marcos: a legitimação para agir (início do processo) e a coisa julgada (final). A definição do que são ações coletivas, portanto, dá-se pela definição de seu autor – a exemplo das associações e entidades legitimadas para propor ação civil pública – e/ou pela extensão de seus efeitos após a conclusão do processo – efeito *erga omnes* (Ferraz, 2001, 401-402).

Os direitos lesados que são objetos da motivação de tais ações podem ser *essencialmente coletivos* ou *acidentalmente coletivos*. Os primeiros dizem respeito aos direitos de gozo coletivo e objeto indivisível (como o meio ambiente). Sua defesa, mesmo que proposta por somente um cidadão, trará benefícios à toda a comunidade. Já os direitos acidentalmente coletivos, também conhecidos como demandas de massa, têm objeto divisível e possibilidade de demanda individual. Não obstante, o fato de a lesão atingir uma massa de litigantes coloca a possibilidade de demandá-lo coletivamente. Exemplos deste enquadramento estão nas ações consumeristas, no caso das poupanças confiscadas na década de 90 e, o objeto deste estudo, na demanda de direitos prestacionais (Ferraz, 2001: 403 e ss.).

As decisões dos juízes, neste tipo de processo não ficam mais adstritas às partes diretamente envolvidas nos processos e, sim, são ampliadas aos milhares de interessados na causa em questão. Cabe destacar que os amplos efeitos das ações coletivas assumem relevância na comparação com o deferimento de ações individuais em temas de grande relevância. Nestas últimas reforça-se a possibilidade de cometimento de “injustiças”, não na tutela dos direitos, mas na exclusão da grande massa que também deveria reivindicá-los. Neste sentido, Gustavo Amaral (2001:117) manifesta-se afirmando que a tutela jurisdicional de direitos prestacionais através de ações individuais “[...] provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá”.

Note-se que este não é, de forma alguma, um levante contra as pretensões individuais junto ao Judiciário é, na verdade, um “manifesto” pela efetivação de direitos devidos a boa parte dos brasileiros, que só terão a plena eficácia quando houver distribuição de riquezas e não apenas concessões a indivíduos⁴³. Por este

43 Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes aponta que: “[...] a simples condenação dos Estados a indenizações de alguns cidadãos que tiveram a oportunidade de chegar ao Judiciário, e a declaração

motivo, resgata-se a opinião de Urbano Ruiz (2005:16) na defesa de ações coletivas para efetivação de direitos fundamentais, quando analisa que “a utilização dessas ações coletivas valoriza o Judiciário, na medida em que faz dele instrumento de democratização e amplia o acesso da grande massa de excluídos àqueles serviços públicos”.

Ademais, como o exposto no início deste tópico, as ações coletivas, através de seu regramento no Novo Regime, incorporaram setores intermediários da sociedade na possibilidade de litigar em nome do interesse público. Este embate acerca da representação tradicional e funcional é ponto relevante da agenda de debates sobre o tema.

3.1 Legitimados para agir: em nome de quem?

Acerca desta ampliação de atores legitimados para interpor ações que defendem interesses difusos e/ou coletivos, analisaremos o posicionamento de dois autores extremamente relevantes e com posições divergentes acerca dos impactos deste novo desenho para a institucionalidade brasileira.

Em sua análise acerca da expansão de competência do Judiciário e o processo de judicialização da política, Arantes (1999) é enfático ao enquadrar a atuação do Ministério Público como voluntarista:

Alem desses balizamentos jurídicos e políticos, o movimento de judicialização/politização tem fortes traços de *voluntarismo político*. Refiro-me aos integrantes do Ministério Público. A observação da atuação do Ministério revela que setores dentro da instituição têm se dedicado enfaticamente à sua transformação em instrumento de luta pela construção da cidadania” (Arantes, 1999: 84).

de inconstitucionalidade das leis não significam logicamente democracia. Tais decisões podem, muito facilmente, tornar-se uma forma de transformar o Estado na grande agência de seguros dos que já têm algo ou muito a perder e impedi-lo de transformar-se no grande promotor do desenvolvimento social” (Lopes, 1994:260).

O voluntarismo político, orientação ideológica dos membros do Ministério Público brasileiro – segundo Arantes (2002) – na busca da afirmação do papel politizado da instituição, seria constituído pela visão de uma sociedade civil incapaz de defender seus interesses e suas instituições políticas insatisfatórias no cumprimento de seu papel representativo (Maciel; Koerner, 2002: p. 120).

Acerca das conclusões de Arantes (2002) sobre a atuação do Ministério Público na defesa de direitos difusos e/ou coletivos, associo-me à posição de Débora Maciel e Andrei Koerner (2002) quando apontam que análise feita pelo primeiro autor desconsidera a ação de outros atores junto ao próprio Ministério Público. Ademais, a conclusão de que considerar a sociedade hipossuficiente e agir de forma tutelar é decorrente da própria “missão institucional” do Ministério Público e a incorporação de tal concepção, por seus procuradores, é natural. Não obstante, a análise das ações civis públicas para traçar o perfil do Ministério Público e dos grupos sociais através do binômio explicativo instrumentalismo associativo / substitucionismo institucional deixa escapar as múltiplas motivações dos agentes sociais no encaminhamento de demandas ao sistema de Justiça; a hipótese do substitucionismo desconsidera o papel legitimador das denúncias e representações que têm sido oferecidas por agentes sociais, políticos e estatais ao Ministério Público (Maciel; Koerner, 2002).

Por outro lado, a análise de Werneck Vianna (2002) acerca da representação funcional e os novos papéis assumidos no pós-constituente será a base teórica do capítulo adiante. Os estudos do autor acerca das funções exercidas pelas entidades e autores dotados de representação funcional, no período republicano brasileiro, é fundamental para o delineamento de suas conclusões.

A Constituição de 1891, com o intuito de opor o republicanismo à monarquia até então vigente, adotou instituições da democracia representativa norte-americana. Obviamente, em meio à dominação patrimonial das oligarquias, as normas constitucionais assumiram um caráter programático, de idealizar a república que deveria existir. Desde este momento, ao direito foi imbuído de papel civilizatório e, de forma normativa, ampliou o escopo de participação para as classes emergentes – camadas médias, empresários, etc. (Werneck Vianna, 2002: 383).

Para Werneck Vianna (2002), a presença ético-pedagógica do direito foi reforçada pelos valores universalistas motivadores da Revolução de 1930. A ação do Ministério do Trabalho (tratado como “ministério da Revolução”), através da legislação trabalhista e social, foi o principal instrumento de ampliação da República, através da incorporação material de setores sociais historicamente excluídos. Os sindicatos, mesmo sem autonomia, tinham papel central no estímulo ao associativismo, pois “deveriam se tornar escolas de civismo, nas quais os trabalhadores seriam treinados a traduzir o seu interesse na linguagem do bem comum” (Ibidem: 384).

A representação funcional no Brasil, existente desde a primeira constituição republicana, assumiu formas diversas neste pouco mais de um século de existência. Na Constituição autoritária de 1937, a representação funcional sobrepôs-se à representação política como forma de manutenção do regime. O Conselho de Economia Nacional (artigo 57), por exemplo, era composto por indicações de associações profissionais e de sindicatos reconhecidos em lei, tinha poderes de legislação sobre economia e mercado de trabalho, reduzindo o papel do Legislativo. Fundamentava-se que, através da representação funcional, e seus papéis interpretativos e criativos, conseguiria-se extrair o substrato da vontade geral e aplicá-la (Werneck Vianna, 2002).

Com a Constituição de 1946, conseqüência da redemocratização, a representação funcional dos sindicatos é mantida, entretanto, passa a conviver com novos espaços institucionais, destacando-se os de representação política. É deste período (1945-1964) que resulta um dos maiores exemplos de mescla entre esses dois campos, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Com raízes na estrutura sindical, o PTB destaca-se na história como um dos principais partidos da época. É dos anos 50 e 60 que, ao menos de modo potencial, tem-se a representação no campo político dos mais diversos segmentos sociais brasileiros, elemento fundamental para a consolidação dos processos de modernização capitalista e de formação da sociedade de massas no país (Werneck Vianna, 2002).

A Carta de 1988, marco do reencontro do Brasil com a democracia política dá um novo papel à representação funcional: o de parte integrante dos mecanismos de democracia participativa. O contexto institucional produzido trouxe, através das

ações coletivas (ações civis públicas e ações populares), um novo cenário para a democratização brasileira. A partir das novas formas de participação da sociedade civil, por meio da utilização dos instrumentos processuais destinados à proteção de direitos substantivos coletivos e difusos, tem-se um sistema de efetivação da cidadania (Werneck Vianna, 2002).

As políticas que caracterizavam o Welfare State, através de normas de direito substantivo, tem sido ultrapassadas em efetividade e uso pelas ditas normas de direito processual, representadas pela ação civil pública, mandado de segurança coletivo e ação popular, conforme destaca Werneck Vianna:

Não se trata mais, no curso dessa revolução processual, de prosseguir com a invasão regulatória da sociedade pelo Estado, mas de possibilitar, mediante a prática de novos procedimentos, que os próprios agentes sociais, em presença de relações responsivas com o Poder Judiciário, sejam capazes de exercer uma autoprodução normativa” (2002: 382)

É na nova Carta que o Ministério Público, anteriormente ligado ao Executivo, ganha autonomia. Não há dúvidas de que o órgão tem funções de representação funcional, diante das tarefas de representar a ordem jurídica vigente e os interesses sociais e individuais indisponíveis, caracterizando-se como instituição aberta às demandas da sociedade.

Outro ponto a ser destacado como reforço à representação funcional diz respeito à “comunidade de intérpretes” constitucionais. O artigo 103 da Constituição de 1988 garante que entes legitimados politicamente (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa, Governador de Estado), bem como, os imbuídos de representação funcional (Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) possam propor ações de inconstitucionalidade (Werneck Vianna, 1999: 47).

A legitimação da representação funcional não fica restrita ao controle constitucional, muito pelo contrário, este é seu ápice. As entidades supra referenciadas, têm na Carta de 1988 garantido o seu direito de seu autor de ações civis públicas e dos mandados de segurança coletivos. A ampliação de competências fez com que as associações tivessem de destinar parte de sua

atividade institucional ao Poder Judiciário, diferentemente de outros períodos, onde a mesma fica adstrita às negociações com o Executivo e ao pequeno escopo de relações reguladas pela Justiça do Trabalho (Werneck Vianna, 2002: 385).

Werneck Vianna (2002) percebe no novo desenho institucional brasileiro a execução de uma parceria entre a representação política e funcional, a exemplo dos casos em que os partidos políticos recorrem à iniciativa do Ministério Público. O autor entende que, de “parcerias” como esta e deste movimento de continuidade-descontinuidade do papel da representação funcional, tem-se desenvolvido no Brasil uma cidadania complexa:

[...] não limitada ao eixo especializado da representação política, e que encontra um dos seus cenários no Poder Judiciário que no controle da constitucionalidade das leis e dos atos da administração pública, que como partícipe eventual do próprio processo de criação do direito, nos procedimentos das ações civis públicas, das ações populares e nos mandados de segurança coletivos, especialmente em matéria de direito subjetivo público (Werneck Vianna, 2002: 385).

A construção da vontade geral na Carta de 1988 dá-se através do respeito aos limites e controles à vontade da maioria e, por meio dos princípios fundamentais, da proteção dos valores própria à cultura e aos ideais de civilização do país. Esta compilação de vontades origina-se da interpretação de constituintes livremente eleitos, sob intensa participação popular, trazendo elementos democráticos às práticas jurídicas, destacadas anteriormente como essenciais no seu papel ético-pedagógico na tradição brasileira. A introdução dos elementos democráticos desloca a representação funcional da órbita estatal – habitada desde os anos 30 – para colocá-la lado a lado com a representação política, lugar de exercício ativo da soberania popular.

Soberania popular, pois, agora plural e complexa, combinando em muitos casos, de modo convergente, a representação política e a funcional, e que abrange do voto e de suas instituições correlatas, no terreno da vontade majoritária, ao controle de constitucionalidade das leis e da aquisição dos direitos contidos *in nuce* nos princípios fundamentais da Carta (Werneck Vianna, 2002: 387).

A análise dos autores das ações civis públicas mostra-se fundamental para a atualização e posicionamento de um debate travado na última década, sobre a possível perversão desse instituto em decorrência da sua crescente e indevida apropriação pelo Ministério Público (Watanabe, 2001 e Arantes, 1999 e 2002).

Seja pelos aspectos históricos, impactos sociais e institucionais ou pelas características processuais é fato que a litigância de interesse público através de ações coletivas é um rico objeto, teórico e empírico, tanto para o campo da ciência política quanto para o direito. A seguir, serão apresentados os dados de pesquisa empírica, construída à luz de tudo que foi exposto até aqui, com o objetivo de observar, no universo das ações coletivas correntes no Foro Central da Comarca de Porto Alegre (em agosto de 2010), como se dá o processo de demanda e efetivação de direitos sociais ao Judiciário, seus atores, decisões, etc.

3.2 A pesquisa empírica

A presente pesquisa foi concebida tendo como objeto as ações populares e as ações civis públicas, correntes no Foro Central da Comarca de Porto Alegre, em agosto de 2010. A escolha do objeto deu-se por dois motivos: a) o interesse em analisar as demandas à Justiça Estadual, a qual pertence o referido Foro e; b) por ser o Foro Central o maior do Estado, situado em sua capital, acredita-se que o mesmo apresenta um nível de complexidade em seus litígios, que envolve um amplo espectro de atores e matérias de discussão. Para tanto foi construído um banco de dados com cerca de mil e quinhentos processos, extraídos do Sistema Themis⁴⁴. Em análise preliminar, percebeu-se que, existia um número relevante de processos baixados (arquivados), que foram – de imediato – descartados por não interessarem ao estudo⁴⁵. Deste modo, chegou-se ao número de 864 ações coletivas em andamento.

A inspiração para realização deste estudo é o trabalho desenvolvido por Werneck Vianna e Burgos no ano de 2002, onde foram analisadas as ações

⁴⁴ Sistema informatizado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Os dados foram obtidos através da informação prestada pela Corregedoria do Tribunal.

⁴⁵ A análise dos processos baixados poderia, sem dúvidas, enriquecer os dados obtidos, entretanto, o pedido de desarquivamento dos referidos processos demanda o pagamento de custas judiciais, o que não seria possível para a pesquisadora.

coletivas correntes no Foro equivalente da cidade do Rio de Janeiro. Assim como, há quase 10 anos destacaram os autores, a opção pela análise de processos que tramitam na primeira instância judicial não traz o cenário e o desfecho completo dos casos apresentados. Pelo que poderá ser visto a seguir o tempo de tramitação das ações coletivas é longo e com muitos incidentes, seja pela complexidade das matérias enfrentadas, pelo grande número de partes interessadas e, até mesmo, pelos inúmeros recursos possíveis no sistema processual brasileiro. Desta forma, a análise de todo o processo de tramitação deste tipo de ação só seria possível através de um estudo com um número bem limitado de casos analisados.

Não obstante, entende-se que, as ações correntes nas Varas de 1º grau são um tipo de amostra mais próxima da realidade do que os processos encontrados no Tribunal de Justiça (TJ) em sede de recurso⁴⁶. Considerou-se, também, que a necessidade de atendimento urgente de determinadas demandas (em especial os pedidos de prestações positivas) faz com que os pedidos em sede de liminar, bem como as sentenças proferidas, proporcionem uma boa noção da efetividade dada aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pelos magistrados.

No que diz respeito ao objeto das demandas de interesse desta pesquisa, a análise pretendida abrange a demanda por direitos sociais, em especial os elencados pelo artigo 6º da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para observação dos processos coletivos que apresentam todas estas demandas seria necessário um estudo das ações correntes na Justiça Federal e Justiça do Trabalho, além da Justiça Estadual. A opção por esta última para realização deste trabalho deu-se em razão da mesma ser competente para o julgamento da maioria das demandas sociais apresentadas, haja vista as responsabilidades do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre com ações para promover educação, saúde, moradia, segurança, etc.

⁴⁶ A interposição de recurso, como os demais procedimentos judiciais, exige dos autores o pagamento de custas judiciais (exceto a Ação Popular que, conforme a Constituição de 1988 é de interposição gratuita) e, em regra, dos honorários de seus advogados. Ademais, motivos extra-econômicos podem existir e desestimular as partes a recorrerem das decisões de 1º grau. Por estes motivos, a análise dos processos do TJ e da jurisprudência deles oriunda não é parte do objeto desta pesquisa.

A análise dos processos e construção do banco de dados final foi possível através da consulta às informações disponíveis no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) na internet e da busca dos processos nos cartórios das Varas do Foro Central. Em todos os casos é possível obter, no sistema informatizado, dados superficiais dos processos, como data de distribuição da lide, movimentações e informações sobre autores e réus. Esta foi a primeira etapa de análise. Para o aprofundamento do estudo e obtenção dos dados que constituíram o banco de dados final utilizou-se duas estratégias: a) busca das decisões liminares, sentenças e, eventualmente, acórdãos de apelação disponíveis no site; b) nos casos em que tais informações não estavam disponíveis (seja pelo processo ser anterior à implantação do sistema informatizado ou por não contar, ainda, com decisões sobre o mérito da causa) consultou-se o processo no próprio Foro Central.

Desta forma foi possível realizar a análise dos conflitos locais. Em que pese os quase 10 anos de distância entre uma pesquisa e outra, a confirmação de que a realidade desvendada não é muito diferente da que caracteriza os demais centros urbanos brasileiros, como inferido na exposição da pesquisa realizada no Rio de Janeiro em 2001 (Werneck Vianna e Burgos, 2002).

Em suma, este trabalho contempla o sistema judicial de proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos em Porto Alegre, baseando-se na análise dos processos em andamento no Foro Central de Porto Alegre, em agosto de 2010.

3.3 Amostra da Pesquisa

Tendo em vista o número relativamente pequeno de ações a serem analisadas detalhadamente e o amplo leque de objeto de demandas buscou-se verificar todos os 864 processos ativos. Não foi possível chegar a análise de todos

os processos em função de incidentes impossíveis de controlar em 82 ações⁴⁷. Desta forma, em torno de 90% dos processos, foram consultados, conforme é possível visualizar na Tabela 1. Isto posto, as 782 ações verificadas possibilitam uma análise segura dos aspectos principais dos processos e seus desdobramentos⁴⁸.

Tabela 1
Ações Consultadas e Ações em Andamento

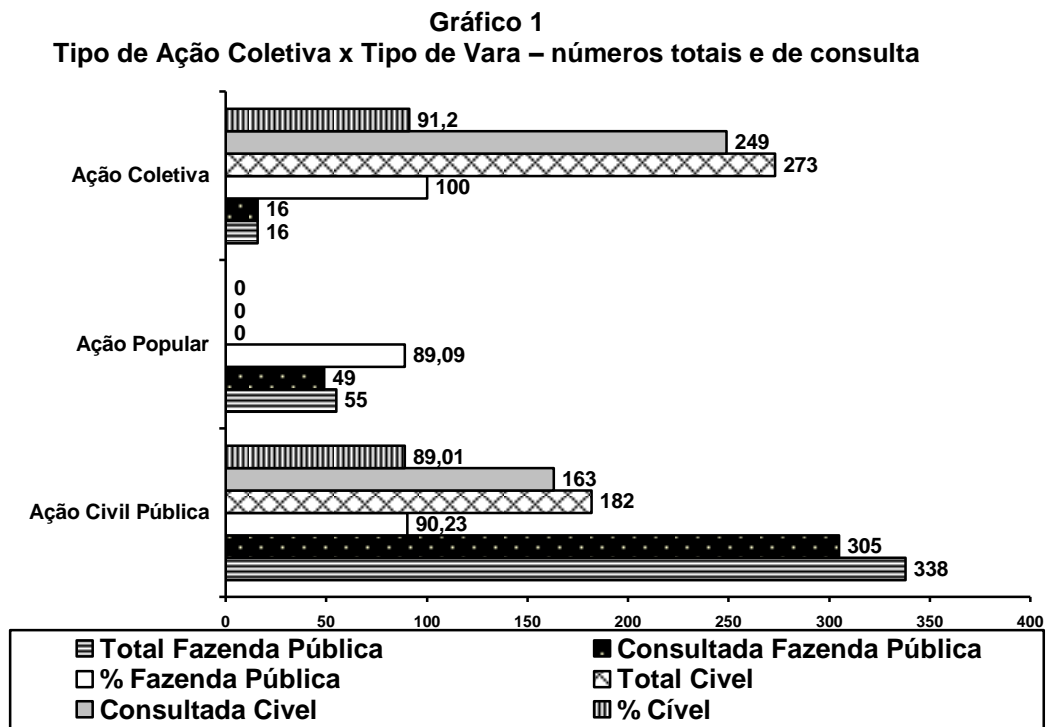
	Ações Consultadas	Ações em Andamento	%
Ações Cíveis Públicas	468	520	90,00
Ações Populares	49	55	89,09
Ações Coletivas	265	289	91,69
<i>Total</i>	782	864	90,50

Com o intuito de apresentar o universo de ações em andamento, mas ao mesmo tempo, apresentar as distinções entre as ações de direito público (correntes nas Varas da Fazenda Pública) e de direito privado (nas Varas Cíveis), o exame a seguir apresenta os dados obtidos em separado. Por todo o exposto até aqui, a tendência seria apresentar somente a discussão sobre as ações de direito público, com ênfase nas que demandam direitos sociais. Outrossim, a consulta aos processos nas Varas Cíveis, por mais que seus objetos de demanda não interessem diretamente ao presente trabalho, torna possível traçar um paralelo de atuação dos autores e, inclusive medir se existem mais demandas aos poderes públicos ou a entes privados em andamento.

⁴⁷ Dos 864 processos que constituem o universo desta pesquisa 82 estavam foram excluídos pelos seguintes motivos: a) Nas Varas da Fazenda Pública, dos 409 processos ativos, 7 tramitam em segredo de justiça (fazendo com que somente as partes tenham acesso à consulta dos mesmos); 9 processos, segundo informações dos cartórios foram extraviados, permanecem ativos, mas estão há anos sem quaisquer movimentação; 23 processos não tem decisão interlocutória, sentença ou acórdão disponível na internet e, quando tentou-se consultar os autos os mesmos encontravam-se em carga com os advogados da partes, conclusos para a sentença (na mesa do juiz) ou aguardando juntada de mandado e, portanto, indisponíveis. Portanto, nas Varas da Fazenda Pública foi possível analisar 370 processos dos 409 em andamento; b) Nas Varas Cíveis, em função da análise simplificada, consultou-se somente os dados disponíveis na rede informatizada do TJRS. Foram excluídos 43 dos 455 processos em andamento, pois não tinham movimentação, decisão interlocutória ou sentença que permitisse a informação sobre a matéria da demanda. Desta forma, consultou-se 412 ações.

⁴⁸ Os gráficos e tabelas apresentados a seguir são de elaboração da autora, com base nos dados do Sistema Themis, do TJRS, de agosto de 2010.

O tratamento aos dados nas ações privadas e públicas foi diverso. Nos processos cíveis foi realizada análise simplificada de 412 processos correntes na 15ª e 16ª Vara Cível do Foro Central⁴⁹. Nestas ações identificou-se, basicamente, autores, réus e matéria de discussão. As 370 ações coletivas de direito público examinadas encontram-se distribuídas na 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Varas da Fazenda Pública⁵⁰. Nestas houve análise mais complexa, em especial no que diz respeito à matéria de demanda e à decisão do magistrado. Os Gráficos de 1 a 4 apresentam o perfil da amostra por tipo de Vara onde estão distribuídas.



⁴⁹ Por critérios do próprio Foro Central de Porto Alegre os processos coletivos concentram-se em somente duas das vinte Varas Cíveis do local.

⁵⁰ As 6ª e 8ª Varas da Fazenda Pública são especializadas nas ações onde o Estado do Rio Grande do Sul é autor e, não têm ações coletivas distribuídas para si.

Gráfico 2
Ações Populares por Vara

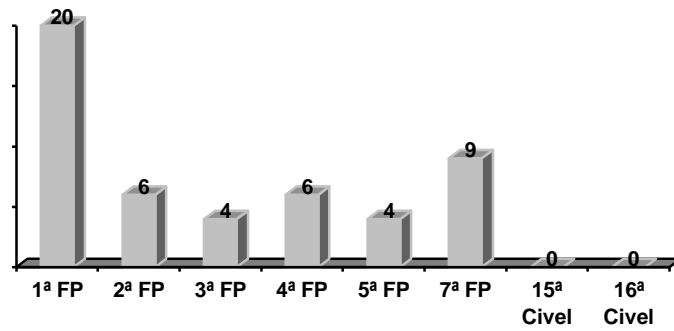


Gráfico 3
Ações Cíveis Públicas por Vara

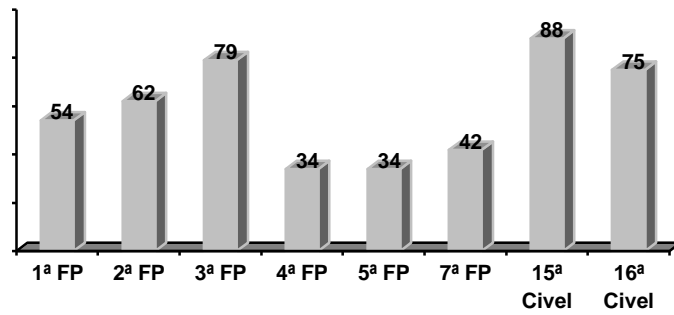
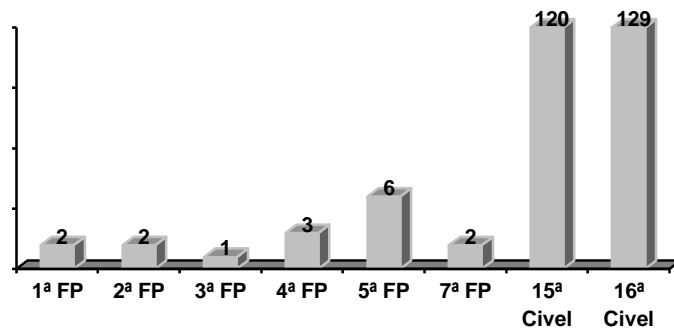


Gráfico 4
Ações Coletivas por Vara



Destaque-se que as Ações Populares têm como objetivo principal a defesa do patrimônio público. Tal fato explica a sua possibilidade de interposição tão somente nas Varas da Fazenda Pública. Outrossim, merece destaque o fato das mesmas terem pouco apelo em relação às outras tipologias. No universo de ações coletivas correntes as ações coletivas correspondem há pouco mais de 6% dos processos. Mais adiante será possível observar que seus objetos de demanda e atores envolvidos distingue-se de forma peculiar das ações civis públicas.

Merece realce, também, a espécie Ação Coletiva, presente massivamente nas Varas Cíveis. Tal espécie tem sido utilizada, seguindo os regramentos da Ação Civil Pública, na defesa de direitos individuais homogêneos, que tem como exemplo principal as ações consumeristas. Tal instituto aparece pela primeira vez, de forma diversa da Ação Civil Pública e da Ação Popular, no Código de Defesa do Consumidor (artigo 81 e seguintes). Com procedimentos idênticos ao da Ação Civil Pública a Ação Coletiva apresenta como diferencial fundamental o seu objeto de condenação. Se na ACP, além de possíveis indenizações pecuniárias pode-se almejar um fazer ou não-fazer, na AC, segundo a lei, cabe almejar somente a indenização dos danos sofridos. Ocorre que, a interpretação jurisprudencial tornou as ações que já tinham ritos e legitimados idênticos com mesma possibilidade de litigância.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como forma de homogeneizar procedimentos e evitar uma enxurrada de ações com objeto idêntico disponibiliza em seu sitio eletrônico o Banco de Ações Coletivas. Este procedimento permite que os demandantes acompanhem seus processos e as decisões sobre o tema e permite aos magistrados a suspensão dos processos individuais de mesma matéria, até o julgamento da ação coletiva. No que tange às políticas públicas sociais tal procedimento não ocorre usualmente. A quantidade de processos em andamento deixa claro que este tipo de procedimento, em regra, se presta a resolver conflitos no âmbito privado.

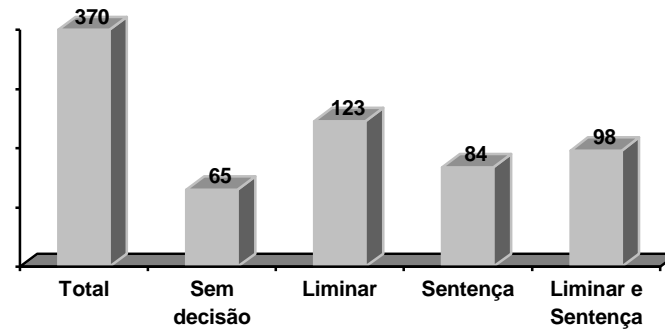
Considerando que as matérias, proponentes habilitados e demais ritos processuais, bem como o objeto de demanda, da tipologia *Ação Coletiva* são os mesmos da *Ação Civil Pública*, para fins de análise utilizou-se somente a

classificação de Ação Civil Pública. Tal escolha torna os dados apresentados a seguir mais claros e em nada distorce o resultado final.

Cabe destacar que o TJRS, no início de 2010, retirou algumas competências do Foro Central, por meio de um processo de criação de novas varas da Fazenda, localizadas no Foro da Tristeza, na Zona Sul de Porto Alegre. Através da Resolução 767/2009 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ficou determinada a criação da 10ª Vara da Fazenda Pública, que passou a operar a partir de meados de 2010. A importância deste novo juizado é sua especialização. Segundo a referida resolução, a nova vara é competente para julgar todas as novas ações (e as antigas sem decisão interlocutória de mérito) referentes à saúde (demanda de medicamentos, criação de leitos, etc.) e ao meio ambiente. O início da operação deste cartório deu-se em meio à solicitação dos dados necessários para a realização deste trabalho, fazendo com que se optasse por manter o projeto original, com foco no Foro Central. Este destaque é importante para que as demandas, referentes à saúde e meio ambiente, tenham uma avaliação mais qualitativa do que quantitativa.

Para a análise apresentada a seguir utilizou-se na classificação dos autores e réus somente os principais interessados e demandados, respectivamente. No processo judicial é possível incluir em quaisquer dos pólos da demanda terceiros interessados no caso, bem como partes de pedidos secundários do processo. Por exemplo, nos casos em que o Ministério Público demanda que o magistrado obrigue o Município de Porto Alegre a realocar famílias que habitam loteamentos irregulares, em regra, os intermediários de tal loteamento também são demandados. Entretanto, é do Município a obrigação de fazer exposta na ação e por isso, no presente trabalho, consideramos o mesmo como réu. Ademais, segundo a Lei 7.347/198, da Ação Civil Pública, o Ministério Público é sempre chamado a intervir neste tipo de ação, seja como parte ou como fiscal da lei (§ 1º do art. 4º), portanto, não são em todas as ações que o MP figura como autor que o mesmo foi proponente principal. Tal escolha permite exame mais claro da relação entre o pedido do processo e as partes envolvidas, por exemplo.

Gráfico 5
Tipos de decisão de mérito



Como último item desta apresentação, cabe destacar que, no que diz respeito à análise das decisões, dos processos analisados nas Varas da Fazenda Pública, mais de 80% tem alguma espécie de análise de mérito (decisão em sede de liminar ou sentença). No Gráfico 5 é possível observar que 221 deles tiveram o pedido de antecipação de tutela analisado e 182 a sentença de primeiro grau exarada, sendo que, em alguns casos, há os 2 tipos de decisão. Nos 98 processos que tiveram análise da liminar e da sentença percebe-se homogeneidade no julgar dos magistrados, isto é, quando decidem deferir os pedidos liminares tendem a deferir os pedidos na sentença. À luz destas observações, a seguir quando se falar em decisão, falar-se-á da liminar ou da sentença. Nos poucos casos (9 processos) em que há divergência entre a decisão liminar e a da sentença, para fins de análise, utilizou-se a sentença como referência.

Portanto, a análise do presente trabalho deu-se em 782 processos, sendo 412 nas Varas Cíveis e 370 nas Varas da Fazenda Pública. As últimas merecem análise mais profunda que as primeiras, das quais fez-se somente o quadro geral de partes e matéria de demanda. Entende-se por Ação Civil Pública as próprias, bem como, a classificação de Ações Coletivas instituída com objetivos diversos da ACP mas que, pelo exposto, tem procedimentos, objeto e desdobramentos análogos na atualidade. E, por fim, entende-se como decisão tanto o julgamento dos pedidos de antecipação de tutela quanto às sentenças proferidas.

3.4 Ações Populares

Os novos e amplos papéis assumidos pelas ações coletivas no ordenamento brasileiro têm origem pós-democratização. Entretanto, o instituto da ação popular, por exemplo, existe desde o Império brasileiro e seu desenvolvimento contribuiu na compreensão do desenho atual.

Os artigos 156 e 157 da Constituição imperial de 1824 já faziam menção a uma espécie de Ação Popular. De caráter penal e responsabilização dos membros do Judiciário por seus atos, a referida ação tinha índole penal. É somente na Constituição de 1934 que a AP apresenta-se como instrumento de proteção do patrimônio público, com a seguinte redação em seu artigo 113: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Como ocorreu com boa parte dos dispositivos constitucionais transpostos ao Brasil, a norma não foi regulamentada e não resistiu ao ímpeto autoritário da Carta de 1937. A redemocratização dos anos 40 trouxe na Carta de 1946, novamente, o instituto. O artigo 141 §38 ampliou o leque de proteção da referida ação para o patrimônio das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, entretanto, tal dispositivo só veio a ser regulamentado mais de 20 anos depois (Barroso, 2009a: 208-209).

Em 26 de junho de 1965, a publicação da Lei 4717 disciplinou a Ação Popular, traçando-lhe o procedimento e ampliando o texto constitucional.

Com efeito, a lei cuidou de fixar o conceito de *patrimônio público*, com o fito de dilatar a área de atuação do instrumento processual para fora do restrito círculo das lesões meramente pecuniárias. Assim ficou consignado que ‘*consideram-se patrimônio público (...) os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico*’ (art. 1º §1º). Também houve um acréscimo na relação das entidades cujo patrimônio seria tutelável: empresas públicas, serviços sociais autônomos e várias outras pessoas jurídicas subvencionadas pelos cofres público (Lei 4717-65, art. 1º, *caput*) (Barroso, 2009a: 209, (*grifo do original*)).

A Constituição de 1967, mesmo após os recrudescimentos do regime normatizados em 1969, manteve o texto da Carta de 1946: “qualquer cidadão será parte legítima para propor Ação Popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (art. 150 §31).

Os ímpetus pela democratização do Brasil, marcantes na redação da Constituição de 1988, ampliaram as dimensões de alcance da AP. Além da proteção ao patrimônio público, a Ação Popular passou a ser instrumento legítimo de defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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 (art. 5º, LXXIII).

Como é expresso no texto legal, com a CF de 1988 a Ação Popular passa a fazer parte do conjunto de mecanismos que asseguram a determinados “intérpretes informais da Constituição” a capacidade de deflagrar processos de efetivação constitucional, especialmente judiciais (Cittadino, 1999: 48). Passível de propositura por qualquer cidadão (diga-se eleitor) e sem custas judiciais, a AP coloca-se como instrumento de defesa e provocação do Estado no cumprimento de suas responsabilidades constitucionais.

Além disso, a ampliação do escopo deste tipo de ação deu uma nova conotação ao conceito de patrimônio público, não entendido somente como patrimônio do Estado e, sim, como extensão do patrimônio da coletividade, ampliando a idéia de controle e fiscalização do Poder Público. O conceito de moralidade administrativa, com o novo regramento, foi igualmente ampliado, colocando-se na zona cinza entre o Direito e a Moral, onde quase tudo é passível de contestação (Werneck Vianna; Burgos, 2002: 397-398).

Para desenvolver a análise das Ações Populares pesquisadas, à luz do discutido até aqui, faz-se – primeiramente – a exposição dos autores e objetos das ações consultadas para, na seqüência, apresentar suas conseqüências. O mesmo procedimento será utilizado com as Ações Civis Públicas.

3.4.1 Autores e Objetos

Há um razoável consenso na literatura quanto à importância da Ação Popular enquanto instrumento para a vida democrática. Bastante recorrente, também, é a constatação de que, no Brasil, não houve grau satisfatório de apropriação e compreensão deste procedimento. A seguir confirmam-se diagnósticos anteriores de que, por mais relevante que seja a pauta objeto de contestação das APs, as mesmas têm servido de mecanismo de políticos ou interesses políticos na disputa com seus opositores. Deste diagnóstico há conclusões, deveras extremistas, de que as Ações Populares têm sido instrumento único de desvirtuamento do Poder Judiciário, trazendo problemas de ordem política mais do que jurídica (Werneck Vianna; Burgos, 2002).

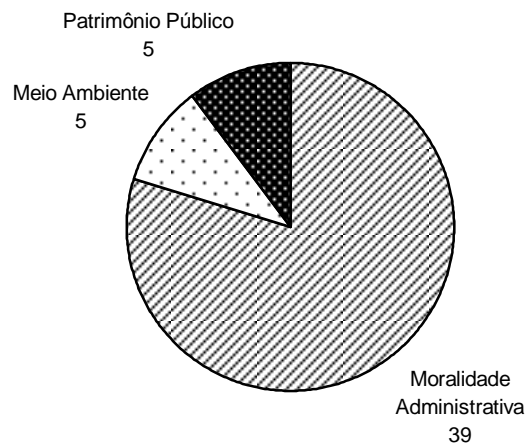
Comparadas às Ações Cíveis Públicas, as Ações Populares têm apelo bem reduzido (correspondem a pouco mais de 6% do total de lides). Na análise dos autores deste tipo de processo reitera-se o que foi afirmado na pesquisa de Werneck Vianna e Burgos, em 2002: por mais que exista previsão legal de que qualquer cidadão está habilitado para sua propositura, este procedimento tem sido instrumento de defesa de grupos relativamente restritos (parlamentares, advogados militantes e dirigentes de entidades⁵¹) com o objetivo de levar ao Judiciário suas contrariedades políticas. O quadro fica mais evidente quando se relaciona os objetos das demandas, seus autores e o ano de proposição das demandas.

⁵¹ A propositura de AP, conforme exposto anteriormente é permitida a qualquer cidadão. Com o objetivo de qualificar os dados apresentados, buscou-se nos processos físicos, nas informações disponíveis no sistema de consulta online do TJRS e, até mesmo, no site de busca Google informações acerca dos autores das ações apresentadas, chegando-se ao resultado apresentado.

Gráfico 6
Ações Populares - Autores



Gráfico 7
Ações Populares - Objeto



Dentro do escopo de defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente a Ação Popular coloca-se como instrumento de contestação dos atos administrativos em larga escala. Como se pode perceber no Gráfico 7 o questionamento dos atos da administração, calcado na Moralidade Administrativa são majoritários (quase 80%), comparados à defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Público. Ocorre que, processos fundamentados na moralidade e questionando a probidade dos administradores tem sido instrumento para o questionamento da Administração por seus opositores.

As ações ambientais, da mesma forma, têm sido instrumentos de questionar licenças ambientais ou ações da Administração consideradas prejudiciais ao meio ambiente. Já as que têm como objeto a defesa do patrimônio público, histórico e cultural pretendem que o Judiciário obrigue o Rio Grande do Sul ou o Município de Porto Alegre a preservar prédios históricos, bem como, suspenda obras em andamento que podem danificar estes espaços.

No Gráfico 8, á título de ilustração, divide-se em três grandes áreas as ações fundadas na Moralidade. Sob o fundamento de que os agentes do Estado estão agindo de forma ímproba, são apresentadas denúncias contra servidores públicos, parlamentares e, até mesmo, Governador(a) do RS.

Gráfico 8
Tipo de objeto nas Ações Populares na Área de Moralidade Administrativa

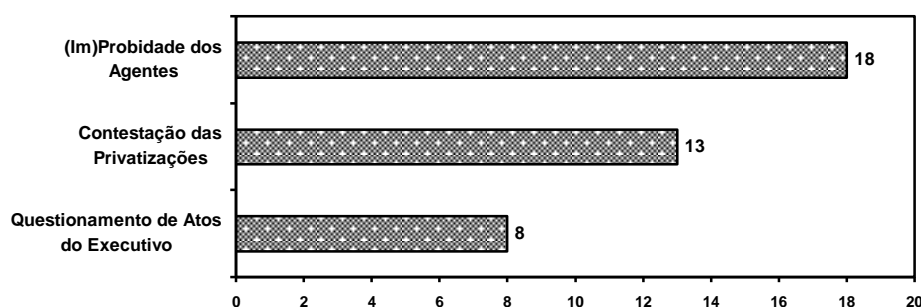
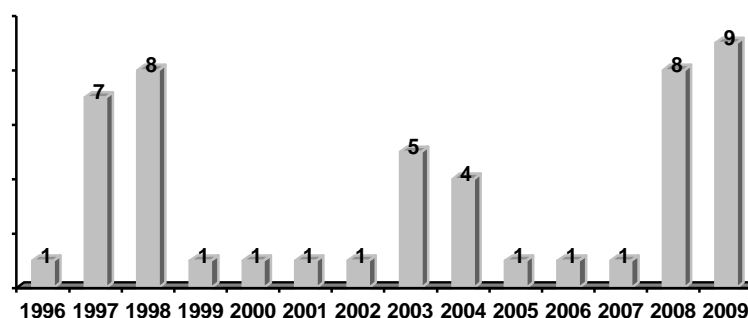


Gráfico 9
Ações Populares – Ano de Propositura



O Gráfico 9, que distribui por ano⁵² de propositura as ações correntes contribui com a afirmação de que a AP tem sido instrumento de contestação das

⁵² A informação acerca do ano de propositura das ações não é confiável ao ponto de se poder afirmar que só existiram as ações em tela propostas. Quando solicitado ao TJRS a informação acerca da

maiorias. A análise do objeto das demandas é facilmente marcada nos anos em que existem mais do que uma ação corrente. Nos anos de 1997 e 1998, 11 das 15 ações correntes tem o objetivo de questionar as privatizações de estatais até então pertencentes ao Estado do Rio Grande do Sul. Nos anos de 2003 e 2004, 4 dos 9 casos são ações contra o Município de Porto Alegre com o objetivo de evitar que empresa terceirizada possa exercer o poder de polícia administrativo multando condutores da cidade, em especial nos estacionamentos rotativos. Nas ações mais recentes, de 2008 e 2009, encontram-se propostas todas as ações referentes ao meio ambiente em andamento, denotando a atualidade e apelo recente da matéria (5 casos no total), bem como, ações ligadas às denúncias de corrupção no Governo do Estado da época.

3.4.2 Julgamento das Ações Populares

Conforme o proposto inicialmente, a análise mais aprofundada do padrão decisório será feita somente com os processos que tratam de direitos sociais. Entretanto, é fundamental apresentar nota sobre a decisão dos juízes acerca das ações propostas. Dos 47 processos com algum tipo de decisão, 40 foram indeferidos, seja em sede de liminar ou de sentença. Este elemento pode, em estudos mais aprofundados, contribuir na reflexão se a baixa demanda deste tipo de processo não tem relação direta com seu baixo nível de receptividade, bem como, com o questionamento a ser feito a seguir: se o deferimento das ações tem a ver com a apropriação técnica deste tipo de processo, desenvolvida pelo Ministério Público de forma muito mais avançada do que no restante da “comunidade de intérpretes”.

Tabela 2
Ações Populares - Autores x Decisão

Resultado Autores	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Total
Pessoa Ligada a Empresa	01	00	01	01
Parlamentares	00	00	09	09
Advogados	02	00	11	11
Servidor Público	00	01	01	01
Dirigente de Entidade de Classe ou Associação	00	00	11	11
Outras Pessoa	03	00	10	13
Total	06	01	40	47

O baixo índice de receptividade das Ações Populares de forma alguma pode ser entendido como fenômeno isolado do Foro Central de Porto Alegre. A pesquisa no início dos anos 2000 no Rio de Janeiro apresenta o mesmo indicativo (66% de indeferimentos), com discordância na aceitação das ações propostas por parlamentares (que tiveram 40% de deferimento) (Werneck Vianna; Burgos, 2002: 429-431).

Por fim, cabe apontar, que a análise da movimentação processual reitera o argumento de que mais do que efetivada as ações populares têm sido instrumento de contestação: findo o governo contestado os autores tendem a desistir de suas demandas e não são raros os despachos dos magistrados convocando o autor a manifestar-se nos autos do processo, a juntar documentos e, até mesmo, informar seu interesse na continuidade da ação. Com estas informações pode-se inferir que, conforme já expresso anteriormente por Werneck Vianna (1999 e 2002) esta modalidade de ação tem tido uso na contestação das majorias políticas e suas práticas com efetividade próxima de zero no deferimento das demandas.

3.5 Ações Civis Públicas

Embora a Ação Popular possa ser destacada como primeiro instrumento para defesa dos interesses difusos e coletivos, era necessária a criação de mecanismos mais eficientes de maior amplitude. Como foi visto no item anterior, o apelo das APs dentre os magistrados é baixo. Até a ampliação de suas competências na Carta de 1988, suas funções eram restritas à defesa do patrimônio. Neste contexto, rogava-se por instrumentos de defesa do meio ambiente e dos interesses dos consumidores, por exemplo. Outrossim, a Ação Popular, mesmo com efeitos *erga omnes*, tinha como legitimado o cidadão, que “[...] em alguns casos, poderia ficar desencorajado, ante a complexidade das questões e o volume das despesas e a força política e econômica dos adversários” (Barroso, 2009a: 219).

Neste momento, fazia-se necessário o desenvolvimento de um instrumento de tutela dos direitos que (a) expandisse o objeto de defesa e (b) tivesse mais atores e grupos como legitimados para interpor tais ações. A partir de estudos iniciados na década de 70 sobre a defesa de direitos coletivos, expostos no tópico anterior, na década de 80 concretiza-se a positivação de novos instrumentos.

A Política Nacional de Meio Ambiente e a Lei Orgânica do MP de 1981 inauguram este processo, com passo importante na consolidação em 1985, com a aprovação da Lei 7347, a Lei da Ação Civil Pública⁵³. Com ela, importantes inovações foram trazidas ao sistema jurídico brasileiro, como a extensão da legitimação ativa a vários órgãos, pessoas, entidades e associações (artigo 5º) e o inquérito civil, destinado às investigações preliminares à propositura da ação (artigos 8º e 9º). Além disso, assim como na Ação Popular, a coisa julgada da Ação Civil Pública produz efeitos *erga omnes* (artigo 18), ou seja, atinge a todos os envolvidos (Barroso, 2009a: 220).

⁵³ A expressão ação civil pública foi empregada pela primeira vez pelo processualista italiano Piero Calamandrei (Instituzioni di Diritto Processuale Civile, vol. I, p.275 e ss *apud* Ferraz, 2001: 403), com fim único e exclusivo de diferenciá-la da *ação penal pública*, com o objetivo de afirmar que: “a ação penal ajuizada pelo Ministério Público é a *ação penal pública*; contudo, quando o Ministério Público romper a inércia jurisdicional para postular um provimento diverso daquele que se destine a concluir pela realização de conduta típica e ilícita e a correspondente identificação de sua autoria (fora do âmbito penal/criminal, portanto), estará ajuizando uma *ação civil pública*” (Ibidem: 403). Ferraz (2001) justifica que o nome apropriado para a atual ação civil pública seria simplesmente *ação coletiva*, tendo em vista que a origem de tal denominação vem da autoria do Ministério Público, o que não corresponde mais a verdade, tendo em vista que existe um amplo leque de atores e associações que podem propor ação civil pública no atual ordenamento (Ibidem: 405 e ss.).

A proteção dos direitos e interesses relacionado ao meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor artístico, histórico, dá-se através da condenação em dinheiro ou do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Este último tipo obriga o réu a reparar dano causado, ou suspender eventual ação que esteja violando os direitos protegidos. Segundo Arantes (1999), por mais que existam condenações em dinheiro neste tipo de ação, as mesmas têm caráter essencialmente prático, com condenações mandamentais, com o objetivo de reparar ou sanar danos de forma concreta.

Por mais que a ACP tenha nascido como instrumento de uso do MP na área cível, análoga à Ação Penal Pública, os atores legitimados são muitos mais que o órgão ministerial. União, estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, são outros órgãos ligados ao Estado como legitimidade para sua propositura. Ademais, a Lei 7.347/85 garante legitimidade de propositura às associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam, em suas finalidades, a proteção do meio ambiente, do consumidor e/ou do patrimônio histórico e cultural. Tal legitimação, do tipo concorrente⁵⁴, teve o objetivo de democratizar o novo instrumento, permitindo seu uso por agentes públicos estatais e pela sociedade civil.

A lei original tinha premissas mais restritivas que o regramento atual. O quesito temporal das associações civis⁵⁵, por exemplo, na promulgação do Código de Defesa do Consumidor é descartado, ao permitir que o juiz dispense o quesito tempo de criação da entidade, desde que o bem em jogo seja considerado de interesse social e necessite de proteção jurídica (Werneck Vianna; Burgos, 2002).

No projeto de 1985, também, foi vetada a expressão “como qualquer outro interesse difuso”, no que tange aos direitos protegidos pela ACP. O veto fundamentou-se no caráter amplo e impreciso da expressão, o que resultaria em insegurança jurídica. Tais argumentos não foram suficiente para convencer o

⁵⁴ Legitimação ou competência concorrente é termo típico do mundo jurídico, que significa o poder/dever de agir de um ente frente a inatividade ou omissão de outro.

⁵⁵ O estabelecimento deste critério tem inspiração na lei francesa, como forma de preocupação com a legitimidade política das entidades que irão ajuizar ações em nome de interesses coletivos (Werneck Vianna; Burgos, 2002).

constituente que no artigo 129, inciso III, ao definir as atribuições do Ministério Público, dispôs que, entre suas funções, caberá “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e *de outros interesses difusos e coletivos*”(Werneck Vianna; Burgos, 2002). O escopo de atuação da ACP, com sua constitucionalização, foi aumentado vertiginosamente sendo, em tese, admissível para quaisquer tipos de conflitos coletivos. Mesmo assim, a legislação infraconstitucional vêm regrido a tutela de direitos e interesses através desse instrumento para a proteção de pessoas portadoras de deficiência⁵⁶, dos investidores no mercado de ações⁵⁷, da criança e do adolescente⁵⁸, dos consumidores⁵⁹, da ordem econômica⁶⁰ e, mais recentemente, para a proteção do idoso⁶¹ e do meio urbanístico⁶² (Casagrande, 2008).

Isto posto, pode-se afirmar que a possibilidade de defesa de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, somada às leis infraconstitucionais posteriores, criou-se uma *cláusula de extensão* no ordenamento brasileiro, que evidencia:

[...] a condição legitimante, na ação civil pública, não se reporta à titularidade do interesse ou do valor em causa, mas prende-se no binômio *relevância social + representação adequada* e, assim, possibilita o acesso à Justiça de certas massas de interesse ainda não tipificadas normativamente, e mesmo daquelas posições que, embora já referidas na Constituição Federal, ainda carecem de melhor explicitação quanto ao seu conteúdo (Mancuso, 2001: 713, *grifo do original*).

À luz do exposto fica evidente a complexidade do sistema de tutela coletiva constituído no Brasil, com amplas possibilidades de demanda – basicamente tudo que possa ser considerado coletivo – e uma gama de atores em setores sociais diversos e com interesses, muitas vezes, conflitantes. É deste sistema que, a seguir, constrói-se a análise das ACPs de Porto Alegre.

⁵⁶ Lei 7.853/89.

⁵⁷ Lei 7.913/89.

⁵⁸ Lei 8.069/90, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”.

⁵⁹ Lei 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor (CDC)”.

⁶⁰ Lei 8.884/94

⁶¹ Lei 10.741/03, o “Estatuto do Idoso”.

⁶² Lei 10.257/01, o “Estatuto das Cidades”.

Preliminarmente, cabe uma breve apresentação do quadro geral de ACPs em andamento. Somadas as Ações Coletivas e Ações Cíveis Públicas, nas oito Varas analisadas, tem-se um total de 733 processos. Antes de adentrar na análise que separa em matérias públicas e privadas de demanda (feita nos tópicos seguintes), é importante observar a dispersão de autores e matérias de demanda no quadro geral de ações.

Gráfico 10
Ações Cíveis Públicas - Autores

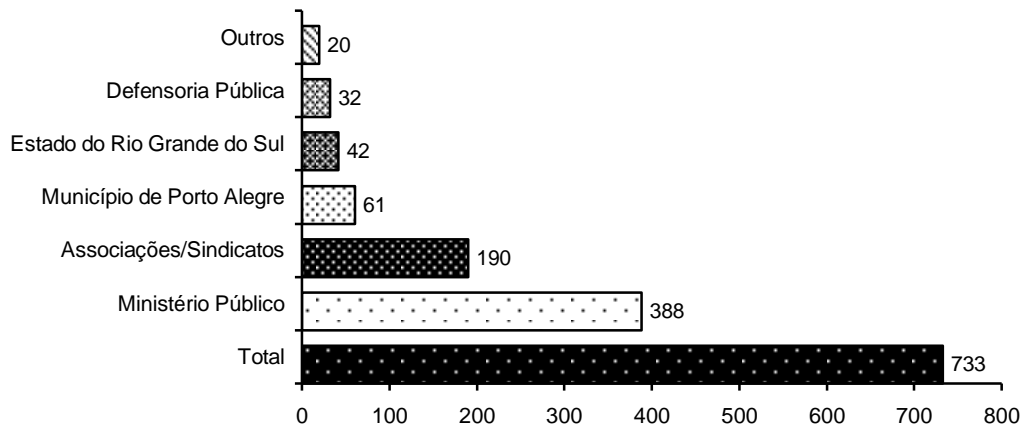
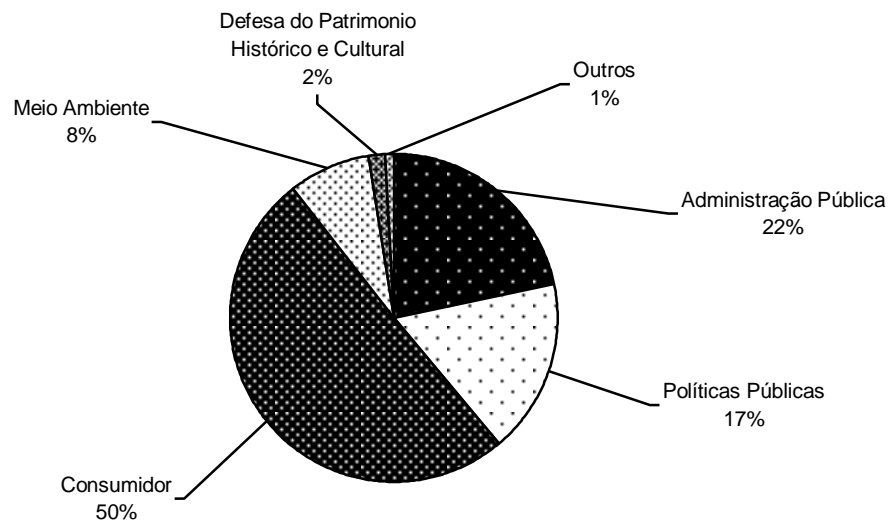


Gráfico 11
Ações Cíveis Públicas - Matéria



A observação dos Gráficos 10 e 11 permite a construção deste quadro. Observe-se que, no quadro de autores das demandas coletivas o Ministério Público

desponta como principal proponente (52%), dado que será confirmado tanto na análise das ações que têm por objeto matéria de Direito Público, quanto as de Direito Privado. Outro elemento importante, é a observação dos atores públicos na proposição destes litígios: somados os processos do Ministério Público, do Estado do Rio Grande do Sul, do Município de Porto Alegre e da Defensoria Pública chega-se a um total de 523 casos, correspondentes a mais de 70% da demanda exposta. Note-se que, por mais significativos que sejam estes dados, os quase 30% de casos propostos por entidades ligadas à sociedade civil não podem ser desconsiderados. Estes dados vem no sentido de consolidar o que Werneck e Burgos identificaram no Rio de Janeiro em 2002: por mais que a propositura de ACPs seja majoritariamente de entes públicos, a sociedade civil se consolida como fatia relevante desta disputa, diferentemente, inclusive, do quadro encontrado por Carneiro (1999), que tinha nas associações e entidades diversas apenas 10% dos proponentes.

O Gráfico 11 apresenta a distribuição dos processos por objeto da demanda. Impossível não destacar o papel das ações consumeristas neste quadro geral. Correspondente à metade dos casos, as demandas contra abusos cometidos contra consumidores apresenta-se como tendência crescente na litigância coletiva. Se nas pesquisas de Carneiro (1999) e Werneck Vianna e Burgos (2002) este tipo de demanda corresponde a um terço dos processos, sua correspondência na presente pesquisa demonstra a consolidação deste campo de litígio. Outro destaque preliminar diz respeito à análise comparativa da demanda por políticas públicas⁶³: nas pesquisas de referência este campo representa percentual quase insignificante, diferentemente do que se encontra na Comarca de Porto Alegre. É claro que a inexistência de pesquisa análoga na Capital gaúcha não permite comparações tão diretas, mas é necessário destacar o crescimento⁶⁴ deste tipo de demanda ao Judiciário.

Para análise mais profunda das ACPs optou-se por, para fins de construção do universo de ações correntes, verificar-se, separadamente, as ações que correm nas Varas Cíveis e nas Varas da Fazenda Pública. Tanto o fato de as de primeiro

⁶³ Entenda-se *políticas públicas* como demandas a ações objetivas do Estado no cumprimento de suas obrigações na efetivação de Direitos Fundamentais.

⁶⁴ Os dados da presente pesquisa confirmam a percepção de crescimento deste tipo de litígio na arena judicial. Diariamente são veiculadas informações acerca da intervenção do Judiciário para garantir a efetivação do Direito à saúde, moradia, educação.

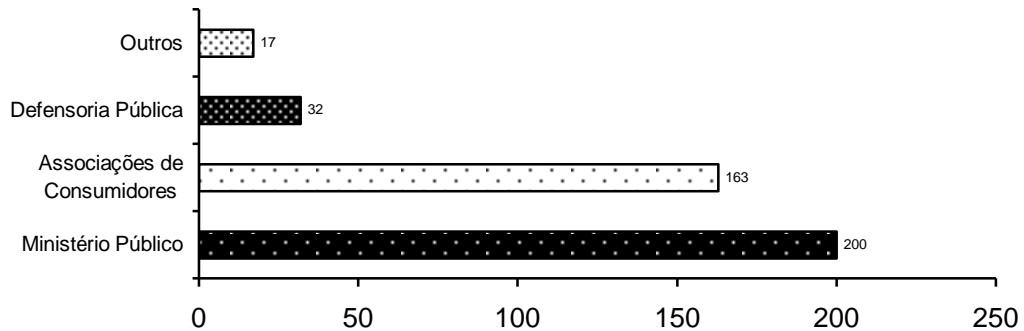
tipo não contemplarem o centro desta pesquisa como a consideração sobre a importância de diferenciar os atores que participam de uma e de outra levaram a esta escolha.

3.4.1 Ações nas Varas Cíveis

No Foro Central de Porto Alegre há, por conveniência da Administração, a concentração das Ações Coletivas de matéria privada na 15ª e 16ª Vara Cível. Isto é, os litígios de interesse público que envolve entes privados correm nestas varas. Diferentemente do amplo espectro de matérias que são suscitadas nas ações que envolvem entes públicos, há uma grande concentração de objeto de demanda (centralmente questões consumeristas e ambientais) com concentração de autores entre associações consumeristas e o Ministério Público, como é possível observar no Gráfico 12. Ambos utilizam-se dos processos coletivos na defesa dos interesses coletivos e difusos e, também, dos individuais homogêneos, fazendo com que várias ações tenham o mesmo objeto de demanda.

As Ações Cíveis Públicas que tratam de relações entre privados não deixam dúvidas do protagonismo do MP na defesa de interesses difusos e coletivos. Praticamente metade dos processos analisados têm o órgão ministerial como autor. As condições que levam os promotores a terem esta postura serão inferidas mais adiante. Outrossim, fica evidente que existe por parte do MP uma tentativa de regular as relações sociais em matérias de amplo impacto.

Gráfico 12
ACPs em Varas Cíveis por Autor



O fato de o Ministério Público ser o mais freqüente autor das Ações Cíveis Públicas não apresenta nenhuma espécie de novidade na bibliografia. Seja pela análise mais pessimista de Arantes (2002) sobre a atuação do órgão ou pelos benefícios institucionais destacados por Werneck Vianna (2002), o fato é que o MP ser autor de quase metade dos processos analisados não é surpresa.

Tabela 3
ACPs em Varas Cíveis - Réus x Autores

Réus / Autores	Empresas	Pessoa(s) Física(s)	Cooperativa Habitacional	Bancos	Empresa de Energia Elétrica	Empresa de Telefonia	Total
Ministério Público	113	12	02	47	00	26	200
Defensoria Pública	16	00	00	09	02	05	32
Pessoa(s) Física(s)	03	00	00	00	00	00	03
Associação de Consumidores	62	00	00	77	09	15	163
ONG	02	00	00	00	00	00	02
Sindicato /Associação	05	00	00	05	00	02	12
Total	201	12	02	138	11	48	412

Por outro lado, o fato das associações de consumidores, representação direta da sociedade civil organizada, serem responsáveis por, aproximadamente, 40% das demandas coletivas é interessante. Pesquisas anteriores⁶⁵ já apresentavam um indicativo de que as demandas por este tipo de entidade tendiam a crescer. Crê-se que a apropriação social dos mecanismos de defesa de interesses somado à estruturação⁶⁶ deste tipo de entidade faz com que as mesmas figurem cada vez mais no pólo ativo das demandas consumeristas.

O cruzamento entre autores e réus nestas ações (Tabela 3) demonstra quem são os maiores “alvos” de demandas. Em função da relevância quantitativa e de haver destaque no banco de ações coletivas para matérias que envolvem bancos e instituições de crédito em geral, bem como, concessionárias de energia elétrica e telefonia estas três categorias foram apartadas da tipologia “empresas”. Tal divisão foi feita para que fique mais claro qual o tipo de atitude contestada nos tribunais pelos autores. Outrossim, uma análise mais generalista permite perceber que 398 dos 412 processos nas Varas Cíveis são contra empresas em geral.

É possível notar que as associações consumeristas centram boa parte de suas demandas em ações contra bancos e instituições de crédito. Acredita-se até, que um dos fatores determinantes para a expansão deste tipo de associação é a possibilidade das mesmas serem instrumentos de revisionais bancárias. Por serem os bancos e as concessionárias de energia e telefonia empresas que trabalham com contratos de adesão (que não têm flexibilidade de alteração das cláusulas), modificáveis somente através de decisão judicial.

⁶⁵ Pesquisas coordenadas por Carneiro, em 1999, e por Werneck Vianna, em 2002, no Rio de Janeiro, apontavam para um tendente crescimento das demandas de associações. Na primeira pesquisa, nas ações consumeristas, somente cerca de 5% eram propostas pelas organizações. Três anos depois, Werneck identificou cerca de 25% dos processos proposto pelo mesmo tipo de entidade.

⁶⁶ “Embora ainda se conheça pouco sobre as associações de consumidores, sabe-se que seus sócios pagam mensalidades, podendo usufruir dos seus serviços na defesa de causas individuais em juizados e varas, mas também se habilitam para tomar parte em suas ações coletivas. A chave do funcionamento dessas entidades, portanto, residiria no dato de que elas agregam o interesse individual – algumas delas têm estrutura nacional e chegam a ter milhares de associados – à defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos” (Werneck Vianna; Burgos: 2002, 437).

Gráfico 13
ACPs em Varas Cíveis por Matéria

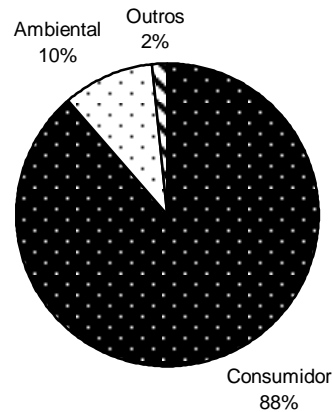


Tabela 4
ACPs em Varas Cíveis - Réus x Matéria de Demanda

Réus Matéria	Empresas	Pessoa(s) Física(s)	Coop. Habitacio nal	Bancos	Empresa de Energia Elétrica	Empresa de Telefonia	Total
Direito do Consumidor	167	01	00	138	11	48	365
Direito Ambiental	31	09	00	00	00	00	40
Regularização Fundiária	01	02	02	00	00	00	05
Outro	02	00	00	00	00	00	02
Total	201	12	02	138	11	48	412

Tabela 5
ACPs em Varas Cíveis - Autores x Matéria de Demanda

Autores Matéria	Ministério Público	Defensoria Pública	Pessoa(s) Física(s)	Associação de Consumidores	ONG	Sindicato /Associação	Total
Direito do Consumidor	156	32	03	164	00	10	365
Direito Ambiental	37	00	00	00	02	01	40
Regularização Fundiária	05	00	00	00	00	00	05
Outro	02	00	00	00	00	00	02
Total	200	32	03	164	02	11	412

As ações consumeristas dominam os processos coletivos de cunho privado. Quase 90% da demanda às Varas Cíveis têm o Direito do Consumidor como

fundamento. Como é possível observar, as instituições financeiras e concessionárias de serviços são as campeãs. Em regra, estas ações estão ligadas a práticas abusivas cometidas pelas empresas réis, contestadas judicialmente por associações consumeristas e pelo Ministério Público. Este último tem foco nas cobranças e juros abusivos cometidos pelas empresas.

A defesa do meio ambiente também tem sido pleiteada nas ações coletivas. Com o MP como principal proponente, empresas e pessoas físicas têm sido processadas para que cessem danos ambientais. Neste campo encontram-se processos de relevância distinta: desde o processo contra pessoas físicas por escutar som alto (poluição sonora) ou ter sua propriedade suja e mal-cheirosa até processos com o objetivo de cessar a emissão de poluentes, extremamente danosos ao meio ambiente, por empresas. Destaque-se que o número de ações ambientais aqui é relativamente pequeno em razão de que, na maioria dos casos de dano concreto ou iminente ao meio ambiente os órgãos ambientais e o Poder Público são demandados por omissão⁶⁷.

Por fim, de expressão quase zero, as ações classificadas como de *regularização fundiária* têm forte ligação com o que será exposto nas ações correntes nas Varas Públicas. Em suma, o MP busca em tais ações a responsabilização direta de entes privados (empresas, loteadores ou cooperativas habitacionais) pela regularização de áreas domiciliares. Nestes casos, em regra, existem ações apenas contra o ente público (Estado ou Município), suscitando sua obrigação em garantir o direito urbanístico. Nas Varas cíveis tramitam os processos que imputam responsabilidades aos entes privados que não agem de acordo com as regras urbanas, e têm práticas irregulares na comercialização ou execução de loteamentos e outros modos de parcelamento do solo.

Pelo exposto é possível perceber que quando as ações coletivas envolvem atores privados, o MP e as associações de consumidores são os principais agentes contra os pequenos (e grandes) abusos cometidos por empresas (em especial bancos e concessionárias de telefone e energia elétrica), fazendo com que as ações

⁶⁷ Não foi possível analisar com precisão esta análise quantitativa em razão da transferência das ações ambientais que envolvem o Poder Público para fora do Foro Central.

consumeristas dominem a discussão nestas Varas⁶⁸. Apresentado o quadro das ações coletivas entre privados é possível partir para análise nas Varas públicas, o que será feito a seguir.

3.5.2 Ações nas Varas Públicas: Autores e Objetos

Se, nas ACPs correntes nas Varas Cíveis, há maior apropriação social por associações consumeristas, sindicatos e ONGs, nas Varas da Fazenda Pública o quadro é diverso. Confirmando as críticas da literatura, a presença do Ministério Público e do Poder Público é majoritária. A presença das instituições públicas nas ACPs e de parlamentares nas APs “são vistas como uma espécie de negação da vocação primordial desses instrumentos” (Werneck Vianna; Burgos, 2002: 432).

Já em 1999, quando ainda faltavam dados estatísticos acerca das ACPs, Arantes aventava que:

Embora integrantes da instituição e juristas especializados no assunto afirmem que quase 90% das ACPs em tramitação na Justiça seja de autoria do Ministério Público, o fato é que não há dados estatísticos precisos a esse respeito. Algumas razões da aparente predominância do MP em relação aos demais agentes legitimados pela Lei n. 767 podem ser aventadas: (1) comparativamente, o MP tem muito mais experiência de acusação perante o Judiciário (criminal, desde a sua origem e agora também nas questões coletivas); (2) o MP, por ser órgão estatal tem o poder de requisitar documentos e informações para formar opinião sobre o problema, enquanto as associações civis não têm; (3) com a possibilidade de instaurar o inquérito civil, o MP pode preparar o terreno para a propositura de ação civil pública de modo muito mais eficaz do que as associações civis ou demais órgãos públicos. Muitas vezes, o Ministério Público soluciona problemas já na fase do inquérito civil, dispensando o recurso à ação judicial. Por essas razões é mais racional para as associações civis provocar o MP através de representações do que ingressar diretamente com medidas judiciais (Arantes, 1999: 99).

Dois aspectos precisam ser destacados antes de tomar as críticas apresentadas como verdades absolutas e desconsiderar as virtudes do sistema de

⁶⁸ Pode-se dizer, inclusive, que este tipo de associação foi o que mais se reproduziu no período do pós-constituente. Uma discussão mais aprofundada sobre as ações consumeristas e ambientais é encontrada no trabalho de Luis Werneck Vianna (2002; 464-475) e de Edis Milaré (2001).

tutela coletiva de direitos: a) o fato de o Ministério Público ter sido colocado no papel de “guardião da sociedade” no pós-constituente faz com que suas demandas não devam ser equiparadas às propostas pela União, Estados e Municípios; b) por mais que o MP figure como autor principal na grande maioria das ações acredita-se que, nas fases preliminares ao processo judicial (na fase de instauração do inquérito civil), o órgão ministerial seja provocado a agir, a partir de denúncias e demandas por atuação.

Gráfico 14
ACPs em Varas Públicas - Autores

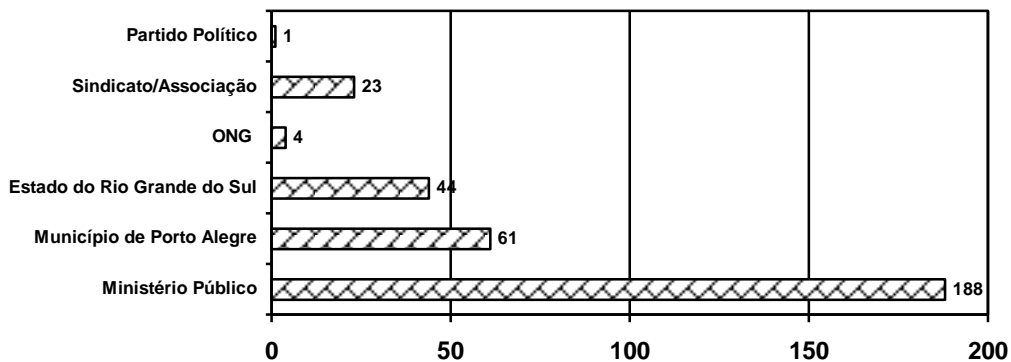


Tabela 6
ACPs em Varas Públicas - Réus x Autores

Réus Autores	Estado do Rio Grande do Sul	Município de Porto Alegre	Empresa	Agente Público /Pessoa Física	Cooperativa Habitacional	Total
Ministério Público	62	50	13	60	03	188
Estado do Rio Grande do Sul	00	00	02	42	00	44
Município de Porto Alegre	00	00	08	44	09	61
Partido Político	01	00	00	00	00	01
ONG	01	01	01	01	00	04
Sindicato /Associação	16	06	01	00	00	23
Total	80	57	25	147	12	321

O Gráfico 14 confirma o que já foi aventado em pesquisas teóricas e empíricas: o Poder Público é o grande promotor das ACPs. Dos 321 processos, 293 (91%) são promovidos por órgãos estatais (Ministério Público, Município de Porto

Alegre ou Estado do Rio Grande do Sul). Tal constatação confirma o diagnóstico apresentado no início dos anos 2000:

Se, com relação às ações populares a literatura tem lamentado sua apropriação por interesses políticos em detrimento do verdadeiro interesse público, em tese portado pelo cidadão comum, no caso das ações civis públicas o principal motivo de inquietação, como já mencionado, tem sido a excessiva presença do Ministério Público e do Poder Público, em desfavor das organizações sociais. Em ambos os casos, portanto, o que se reclama é uma atividade maior da sociedade, de seus cidadãos mais conscientes e de suas organizações (Werneck Vianna; Burgos, 2002: 432).

Existe, é claro, a necessidade de distinguir e destacar a atuação do MP em separado com a dos entes federativos. Se Estado e Município promovem ações com o intuito de proteger seus *interesses*⁶⁹, o órgão ministerial age em nome da coletividade, como representante legítimo dos interesses da sociedade.

Acerca da participação da sociedade organizada (sindicatos, ONG's e partidos políticos), há de se destacar que, diferentemente das ações coletivas de cunho *privado*, aqui ela é muito baixa (inferior a 10%). Tal fato pode – por um lado – confirmar as críticas da literatura que não reconhecem a apropriação social destes instrumentos na litigância contra o *Estado*. Por outro lado, há de se aventar se, nestes casos, o MP não foi eleito pelas associações e pessoas em geral, como representante legítimo de seus interesses. A observação dos objetos relacionados com os autores tratados até aqui, ajuda a elucidar e indicar caminhos prováveis para estas hipóteses.

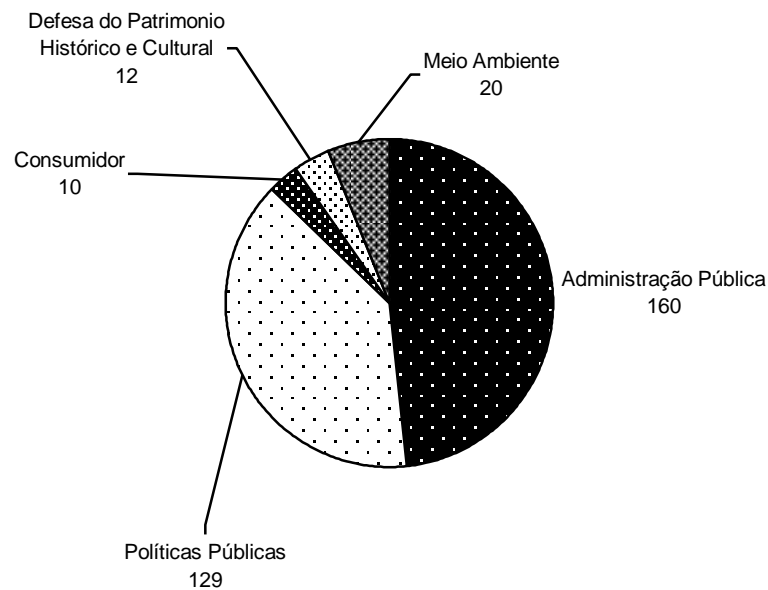
Quando analisado o cruzamento entre autores e réus (Tabela 6) dos processos, duas observações gerais são importantes: (a) o MP litiga fortemente contra os entes públicos e, interessadamente, contra seus agentes; (b) os agentes públicos, no quadro geral, são os mais demandados pelos próprios órgãos que fazem parte, bem como o MP. Num primeiro momento é possível afirmar que a litigância coletiva, de fato, tem sido instrumento na tentativa de responsabilização e ressarcimento de danos causados pelos indivíduos.

⁶⁹ Deve-se fazer uma interpretação restritiva desta afirmação, tendo em vista que: a) as ações coletivas não podem servir para a defesa de interesses *egoístas*; b) os processos propostos por estes órgãos, como será visto a seguir, tem por regra, a defesa do direito de um grupo de cidadãos (dos entes autores) contra pessoa, empresa ou grupo pertencente ao mesmo ente.

Se nas Varas que tratam de matérias privadas as demandas consumeristas são as de grande apelo, nas Varas públicas, sem sombra de dúvida, a defesa da probidade administrativa é suscitada em cerca de 45% dos casos. Sob o fundamento da defesa de conduta proba dos agentes administrativos, um amplo leque de possibilidade é aberto com este tipo de ação. Os casos mais freqüentes são os que tratam de denúncias contra servidores que teriam utilizado a máquina pública em benefício próprio e/ou que tem indícios de recebimento de propina (os casos somados correspondem a 47% do total de ações de improbidade).

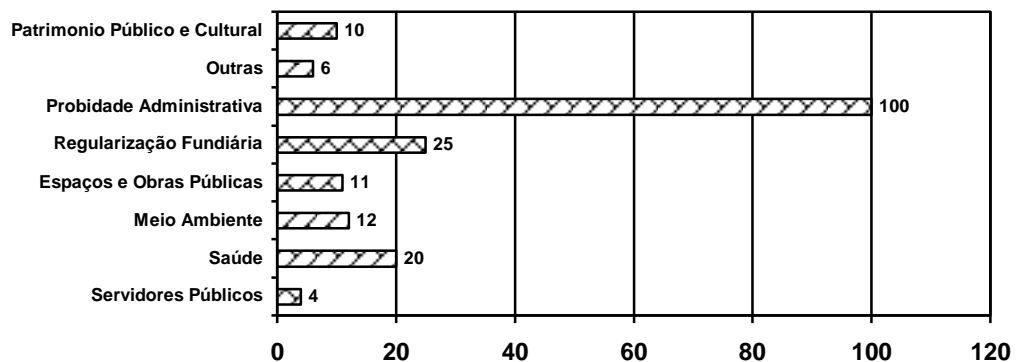
O Gráfico 15 expressa a distribuição mais variada das matérias nestas ações em relação às correntes nas Varas de matéria privada. Cabe reiterar que a baixa expressividade numérica das ações de meio ambiente tem muita relação com a implantação de Vara especializada, fora do Foro Central de Porto Alegre, com exposto anteriormente.

Gráfico 15
ACPs em Varas Públicas - Matéria



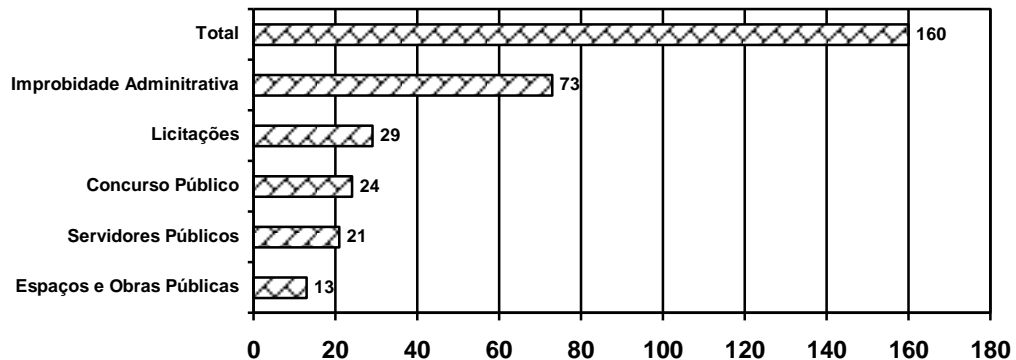
Neste ponto das relações entre os autores e o objeto das ações interpostas, não há como não referenciar o Ministério Público e as matérias que são objeto de litígio. O Gráfico 16 expõe o quadro geral das 188 ações propostas que, no que tange à políticas públicas, são trabalhadas de forma mais específica adiante. O MP é o grande responsável, por exemplo, pela promoção das ações que tratam das questões da administração pública – seja nas relacionadas à probidade administrativa, seja nas que tratam de espaços e obras públicas. O principal destaque que deve ser dado para o quadro a seguir é a fundamentação para a discussão que segue acerca das matérias e objetos dos litígios coletivos estudados. Avaliar o tamanho da participação ministerial em cada ponto contribui para o entendimento do tamanho (em regra reduzido) dos demais atores entre proponentes de ACPs.

Gráfico 16
Natureza do Conflito nas ACPs propostas pelo Ministério Público



O predomínio de processos que envolvem a Administração Pública (quase 50%) demonstra o quanto este tipo de ação tem servido para contestar o comportamento dos agentes e os atos da administração. Esta temática, juntamente com a de Políticas Públicas (40% dos casos) dominam os litígios analisados. Importante destacar que, se comparado ao diagnóstico da pesquisa de Werneck Vianna e Burgos (2002) – em que estes dois campos somavam pouco mais de 5% das demandas – o recente caso de Porto Alegre demonstra alta utilização das ACPs para controlar a probidade dos agentes da administração e a formulação e implementação de políticas públicas.

Gráfico 17
Natureza dos Conflitos nas ACPs de Administração Pública



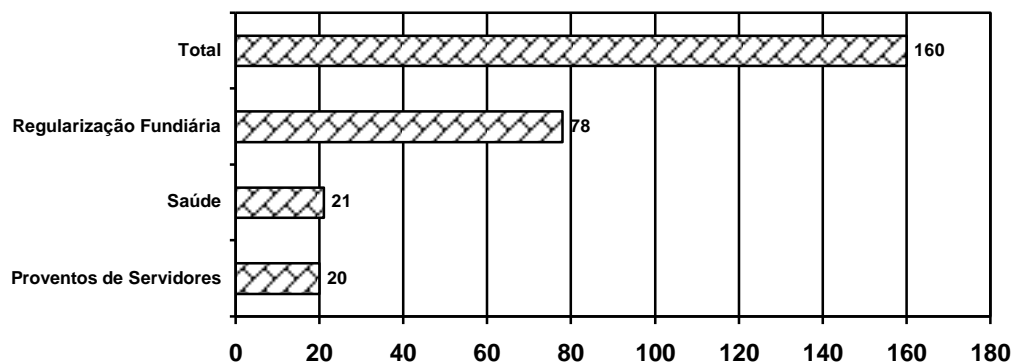
Pelo que se pode perceber, a contestação da conduta dos agentes do Estado, fundamentada nos danos causados ao erário e à moralidade administrativa tem sido a principal natureza dos litígios sobre conduta da administração (45%). Com ações que tratam de desvio de verbas, utilização da máquina pública e recebimento de propina, os agentes do Estado têm sido obrigados a responder sobre atos aventados em sua conduta. Com menor valor quantitativo, mas de relevante impacto são as demais tipologias apontadas. A contestação de licitações ou ações contra órgãos que não realizaram licitação de serviços prestados tem sido o instrumento de regram e anular eventuais ilegalidades, utilizadas, principalmente, pelo MP. Destaque-se aí, também, as ações contra servidores públicos que, em razão de recebimento irregular de proventos (desvio de função, incorporações e aposentadorias indevidas) tem sido réus, por ferirem o *interesse público* e causarem danos ao erário – mesmo que sem culpa.

Antes de adentrar na análise das ações sobre políticas públicas, algumas considerações sobre as ações consumeristas, de meio ambiente e de defesa do patrimônio histórico cultural são importantes. Em regra, estas temáticas solicitam ao magistrado decisão de *não fazer*, mais especificamente, parar de fazer: parar de realizar cobranças ditas abusivas; parar de causar dano ao meio ambiente; parar de depredar ou deixar depredar imóvel ou objeto de relevância histórica ou culturas. Na tão referenciada pesquisa no Rio de Janeiro em 2002, aponta-se para um alto índice de ações desse tipo, com correspondência na sensibilização dos magistrados. Pelo que se pode perceber na presente pesquisa, a sensibilização nestes casos é correspondente. No que diz respeito a sua quantidade, quando se analisa

separadamente as ações de cunho privado e público, como no caso em tela, percebe-se um índice muito maior de ações deste tipo nas Varas Cíveis do que nas da Fazenda Pública. Tal destaque é relevante para apontar que os ditos *novos direitos* (do consumidor e do meio ambiente) são de responsabilidade dos entes públicos e privados e os danos causados aos mesmos, seja qual for a personalidade jurídica do agente, são passíveis de tutela no Judiciário.

As questões que envolvem políticas públicas e ações positivas do Estado, centro da discussão deste trabalho, chamam muito a atenção. Preliminarmente, há de se considerar que análises anteriores acerca da baixa reivindicação deste tipo de política, assim como, a passividade do Poder Judiciário frente às demandas, pelo que será exposto a seguir não se confirmam. As ACPs de direito público têm na discussão de políticas públicas parte considerável de suas demandas.

Gráfico 18
Natureza do Conflitos nas ACPs de Políticas Públicas



O Gráfico 18 expõe a natureza das demandas de políticas públicas ao Judiciário. É neste ponto que se encontram, por exemplo, as ações promovidas por entidades de classe. Seja contra o Estado do Rio Grande do Sul, seja contra o Município de Porto Alegre os sindicatos reivindicam aos magistrados o recebimento de aumentos e gratificações que consideram ter direito, mas não obtiveram junto à Administração.

Acerca das ações que demandam políticas de saúde (medicamentos, leitos em hospitais ou atendimentos especializados) há de se reiterar que boa parte das demandas deste tipo tramita, atualmente, em Vara especializada, fora do Foro Central de Porto Alegre. Nestas demandas, como será visto a seguir, é fundamental

o papel do MP: o órgão ministerial é autor de 20 das 21 ações que reivindicam políticas ou ações relacionadas à saúde (a restante é proposta for ONG defensora dos direitos de pessoas com HIV, que busca evitar o fechamento de ala hospitalar de atendimento a portadores do vírus).

Por último, cabe a análise das ações que versam sobre regularização fundiária. A sua expressão numérica aponta para um campo carente de ação estatal e regulamentação conectada à prática. Ademais, neste tipo de ação, não existe somente a demanda por parte da sociedade, ou do MP em nome dela, para que os agentes públicos tomem providências. É neste ponto que o Município de Porto Alegre tem forte participação como autor de ACPs, na tentativa de resolver conflitos relacionados à ocupação do solo urbano, esgotados na via administrativa.

Tabela 7
Ações de Regularização Fundiária - Réus x Autores

Réus Autores	Estado do Rio Grande do Sul	Município de Porto Alegre	Empresa	Pessoa Física	Cooperativa Habitacional	Total
Ministério Público	03	17	00	02	03	25
Município de Porto Alegre	00	00	05	39	09	53
Total	03	17	05	41	12	78

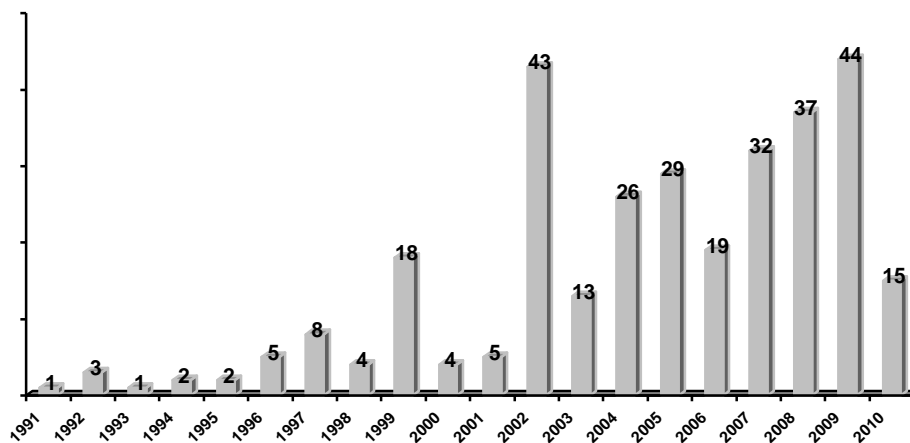
O relacionamento entre autores e réus neste ponto é fundamental para entender-se o embate em curso no Município de Porto Alegre: a regularização das áreas da cidade para fins de moradia. Com décadas de implementação de políticas habitacionais alguns conflitos parecem sem solução negociável: (a) seja os que o MP figura como autor, reivindicando que o Município tome providências no assentamento de famílias em locais regulares e os protestos do réu que não tem dinheiro nem condições de fazê-lo no tempo reivindicado; (b) por outro lado, existe a ação da Cidade, que promove ações coletivas contra cooperativas habitacionais, empresas e pessoas físicas que realizam processos de loteamento de forma irregular sem, na maioria das vezes, garantir condições básicas de infra-estrutura aos seus compradores.

Os litígios acerca da regularização do uso do solo urbano para fins de moradia são a peculiaridade mais evidente dos dados apresentados até aqui. Pode

ser dito que, para fins de análise da judicialização do direito fundamental à moradia o processo está bastante *truncado* e seus atores encontram no Judiciário um caminho possível de solução. Os impactos deste processo e dos demais que tratam de políticas públicas serão tratados de forma mais específica nos tópicos seguintes.

Para encerrar este tópico, a título de ilustração, cabe expor o Gráfico 19, onde as ações que tramitam nas Varas da Fazenda Pública estão expostas por ano de distribuição. É possível perceber a concentração da maioria dos processos na última década. Assim como o caso das Ações Populares, não foi possível obter os dados históricos que apontam quantas ações foram distribuídas em cada ano. Portanto, a presente *fotografia* não retrata, de forma alguma, se aumentou ou diminuiu o número de processos deste tipo em cada ano. O presente quadro tem o objetivo de apontar a lentidão de finalização deste tipo de ação, tendo em vista que, quase 20% (54) dos processos que tramitam tem mais de 10 anos e 50% (165) estão tramitando há mais de cinco anos. Este elemento não é determinante, nem absoluto, entretanto é relevante para a discussão feita mais adiante, acerca da efetividade deste tipo de ação na tutela de direitos e interesses.

Gráfico 19
ACPs por ano de distribuição



3.5.3 Julgamento das ACPs em Varas públicas

De nada vale, para fins de análise de efetividade, observar a relação entre partes do processo judicial, objeto e tempo das demandas sem o devido acesso e relacionamento das decisões, centralmente, entre atores dos processos e direito demandado. Dentre todas as análises possíveis nestes dois pontos optou-se por estas com o objetivo de identificar se existe alguma relação direta entre os autores e o resultado da demanda, isto é, se um processo tem mais ou menos chance de ser deferido se seu autor é uma associação ou o Ministério Público. A relação entre as demandas e a decisão do magistrado tem o mesmo intuito.

Werneck e Burgos (2002) apontam a tendência dos magistrados a defender os *novos direitos* (consumidor e meio ambiente, principalmente) em contraposição com sua postura mais conservadora em relação aos atos da administração e quaisquer questões que tratem de aporte de recursos públicos e/ou tenha relação com o direito de propriedade. No presente estudo, as Tabelas 8 e 9 são fundamentais na identificação das diferenças e semelhanças entre os dois diagnósticos⁷⁰.

Tabela 8
ACPs em Varas Públicas - Autores x Decisão

Decisão Autores	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Acordo	Total Com decisão	Sem decisão
Ministério Público	54 36,7%	32 21,8%	57 38,8%	04 2,7%	147 100%	41
Estado do Rio Grande do Sul	22 78,6%	02 7,1%	04 14,3%	-	28 100%	16
Município de Porto Alegre	36 64,3%	12 21,4%	05 8,9%	03 5,3%	56 100%	05
ONG	03 75%	-	01 25%	-	04 100%	-
Partido Político	-	-	01 100%	-	01 100%	-
Sindicato /Associação	06 27,3%	01 4,5%	15 68,2%	-	22 100%	01
Total	121 46,9%	47 18,2%	83 32,2%	07 2,7%	258 100%	63

⁷⁰ Destaque-se que, das 321 ACPs analisadas 63 não têm decisão de mérito, seja em caráter liminar ou de sentença. Isto posto, quando se fala em decisão nos processos estudados tem-se uma amostra dos 258 casos que tem alguma espécie de decisão de mérito. A explicação detalhada encontra-se no tópico “3.4 Amostra de Pesquisa”, do presente trabalho.

Tabela 9
ACPs em Varas Públicas - Matéria x Decisão

Decisão Matéria	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Acordo	Total	Sem decisão
Probidade	45 42,8%	16 15,2%	44 41,9%	-	105	42
Servidores	05 26,3%	03 15,8%	11 57,9%	-	19	01
Patrimônio Público e Cultural	05 41,7%	03 25%	04 33,3%	-	12	00
Saúde	10 55,6%	01 5,5%	04 22,2%	03 16,7%	18	03
Meio Ambiente	06 40%	04 26,7%	04 26,7%	01 6,5%	15	05
Regularização Fundiária	45 64,3%	18 25,7%	04 5,7%	03 4,3%	70	08
Espaços e Obras Públicas	04 36,6%	02 18,1%	05 45,3%	00	11	02
Consumidor	01 12,5%	-	07 87,5%	-	08	02
total	121 46,9%	47 18,2%	83 32,2%	07 2,7%	258 100%	63

A Tabela 8, ao relacionar os autores das demandas e a decisão do magistrado faz com que algumas situações fiquem evidentes. Independente da quantidade de ações interpostas é fato que os poderes públicos têm mais sucesso no atendimento de suas demandas. No caso do Ministério Público o índice de deferimento (total ou parcial) chega a quase 60%, enquanto do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul ultrapassam os 80%. Por outro lado, as associações e entidades de classe têm índice semelhante (quase 70%), só que de indeferimento de suas solicitações⁷¹. Obviamente, destes dados não é possível obter a relação exata entre o tipo de pedido e seu autor, entretanto, pelo que foi exposto até aqui, que aponta para a discussão de questões salariais no seio do Judiciário, através de promoções de associações e entidades de classe infere-se que, no que tange a este tipo de demanda a recepção do Judiciário é quase nula.

Já a Tabela 9, que traz a relação entre a decisão do juiz e a matéria demandada, percebe-se que: (a) nas ações que questionam a probidade dos atos e agentes administrativos os magistrados dividem-se nas decisões, ponderando caso

⁷¹ As demandas propostas pelas ONG's e por Partido Político não merecem análise quantitativa por terem um "n" muito reduzido, (4 e 1 casos, respectivamente) que distorceria qualquer resultado possível.

a caso; (b) existe uma tendência ao deferimento, muitas vezes em sede de liminar, às ações que visam proteger o patrimônio histórico cultural e o meio ambiente; (c) na amostra em tela, os casos de saúde, que pelo noticiado na imprensa têm forte apelo junto aos magistrados, tem decisões tendentes ao deferimento; (d) quando se trata de direito do consumidor, no caso das Varas da Fazenda Pública, há forte tendência ao indeferimento (nestes casos, vale lembrar, os autores suscitam a aplicação do CDC em seu favor contra o órgão estatal); e (e) há uma tendência de deferimento das demandas relativas à moradia e regularização fundiária.

Este diagnóstico sobre a matéria em litígio confirma as previsões acerca da defesa de novos direitos quando se trata meio ambiente e patrimônio histórico cultural e, no caso do direito do consumidor aplicado ao ente público a receptividade é baixa. Já no que diz respeito às políticas públicas *não-corporativas* o deferimento é relativamente alto, ao passo que, as corporativas (para servidores públicos), quando judicializadas não são recepcionadas, em regra.

3.6 Demandas por Direitos Sociais

Todo o exposto até o momento tem extrema relevância para compreensão do que será apresentado a seguir. Realizar a análise dos processos que demandam direitos sociais ao Judiciário não teria sentido se não fosse o cenário construído até aqui. Compreender o processo de expansão do Judiciário no Brasil, bem como a recepção e positivação das diversas gerações de direitos fundamentais na Constituição de 1988 é fundamental para a análise da situação atual.

Note-se que, desde os primeiros estudos brasileiros acerca da Judicialização da Política, se feita uma análise cronológica, que desconsidera as instâncias, local e o objeto das demandas, visualiza-se um processo ascendente, onde camadas diversas da sociedade e, sem sombras de dúvidas, o Ministério Público, apropriam-se gradualmente dos novos instrumentos. Ademais, relevante, também, é a análise da mudança de comportamento dos magistrados que, com o passar do tempo,

tornaram-se mais receptivos às demandas *políticas* no Judiciário e colocam estas questões na *pauta do dia* de seus encontros, congressos e conferências, numa tentativa de amadurecer o debate e, minimamente, homogeneizar procedimentos e referências legais e empíricas.

Nos próximos itens, como forma de contribuição ao campo, este trabalho apresenta as relações entre três fatores essenciais no processo de demanda de direitos sociais aos tribunais: os atores que litigam; os direitos reivindicados; e a decisão do magistrado frente às demandas. Como é possível perceber, tem-se dentre os juízes que atuam na principal estrutura da Comarca de Porto Alegre uma certa *simpatia* pelas ações que demandam ações diretas do Estado na área da saúde e da regularização fundiária. Tal *simpatia* não é, de forma alguma, correspondida quando se trata de litígios que envolvem direitos de servidores públicos. Aventar as possibilidades destes resultados genéricos e suas especificidades é o que será feito a seguir, com as 129 Ações Civas Públicas que têm como objeto de discussão as políticas públicas. Como exposto no Gráfico 18, estes processos dividem-se em três grandes campos de litígio: (a) Proventos e Direitos de Servidores; (b) Saúde; e (c) Moradia e Regularização Fundiária.

3.6.1 Proventos e Direitos de Servidores

Para vislumbrar o cenário das ações que reclamam direitos dos servidores públicos há de se destacar que, neste caso, só são abordadas questões relativas aos servidores do Regime Único do Estado ou do Município⁷². Estes servidores, portanto, gozam de uma série de prerrogativas e restrições inerentes aos cargos, tendo em vista que, não existe, para estes funcionários, instrumentos permanentes de negociação coletiva (nem o instrumento *convenção coletiva de trabalho* é

⁷² Por questões de competência os trabalhadores do setor estatal que forem vinculados ao Regime Geral, determinado pela Consolidação das Leis Trabalhistas, devem litigar acerca de questões trabalhistas na Justiça do Trabalho e não na Justiça Comum.

permitido), bem como, passado o estágio probatório, os mesmos têm *estabilidade* no emprego, tornando sua demissão basicamente impossível.

Isto posto, reitera-se que, na Comarca de Porto Alegre – em seu Foro Central – existem (dados de agosto de 2010) 20 processos em andamento com reivindicações dos servidores público contra seus órgãos – seja promovidos pela entidade de classe (16 casos), seja pelo Ministério Público (4 casos).

Na grande maioria dos casos o que esta em discussão é a pauta salarial (70%). Seja demandando aumento salarial, seja reivindicando a incorporação de vencimentos recebidos usualmente, os servidores e suas associações têm judicializado suas relações de trabalho na busca por melhorias nos proventos. Questões como as condições de trabalho, erros em concursos públicos e, até mesmo, a elaboração de plano de carreira, são colocadas em segundo plano, frente à imediata demanda de aumento salarial.

Tabela 10
ACPs de Servidores – Autores x Réus

Autores Réus	Ministério Público	Entidades de Classe	Total
Estado do Rio Grande do Sul	04	15	19
Município de Porto Alegre	00	01	01
Total	04	16	20

Gráfico 20
ACPs de Servidores – Natureza do Conflito

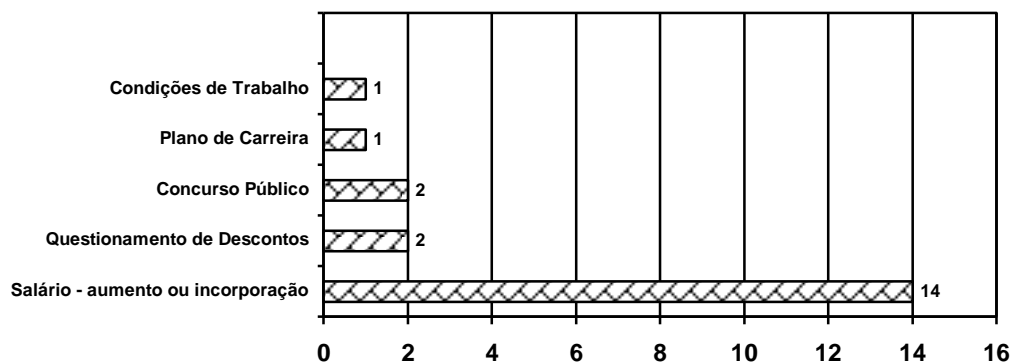


Tabela 11
ACPs de Servidores – Autores x Decisão

Decisão Autores	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Total com Decisão	Sem decisão
Ministério Público	-	02 50%	02 50%	04	00
Entidade de Classe	05 33,3%	01 6,7	09 60%	15	01
Total	05 26,3%	03 15,8%	11 57,9%	19	01

Como exposto anteriormente, ao que tudo indica, a tendência dos juízes é o indeferimento das demandas dos servidores públicos ao Judiciário. Pelo demonstrado na Tabela 11, nestes casos, não existem indícios que a *expertise* dos membros do MP ou dos advogados de sindicato tenha influência sobre os magistrados e, pode-se inferir que – nesta matéria – é deixada a cargo da Administração a deliberação sobre os rumos a serem tomados.

3.6.2 Saúde

No que diz respeito às demandas relacionadas à saúde, mais uma vez, o protagonismo do Ministério Público resta demonstrado. Poucas áreas têm tanto impacto social quanto a saúde e, pode-se dizer, que o órgão ministerial coloca-se como *guardião da sociedade*, sendo responsável por quase a totalidade das ações interpostas (Tabela 12).

A justificativa para esta atuação, como dito, tem relação direta com a natureza dos conflitos suscitados. De forma dispersa, com várias causas de pedir (investimentos, leitos, medicamentos, etc.), as ações de saúde são, em suma, um protesto face à ineficiência do Poder Público (neste caso o Estado do Rio Grande do

Sul e o Município de Porto Alegre) em cumprir com seus deveres constitucionais de garantia ampla e irrestrita de acesso à saúde.

Tabela 12
ACPs de Saúde – Autores x Réus

Autores Réus	Ministério Público	ONG	Total
Estado do Rio Grande do Sul	09	00	09
Município de Porto Alegre	10	01	11
Hospital Privado	01	00	01
Total	20	01	21

Gráfico 21
ACPs de Saúde – Natureza do Conflito

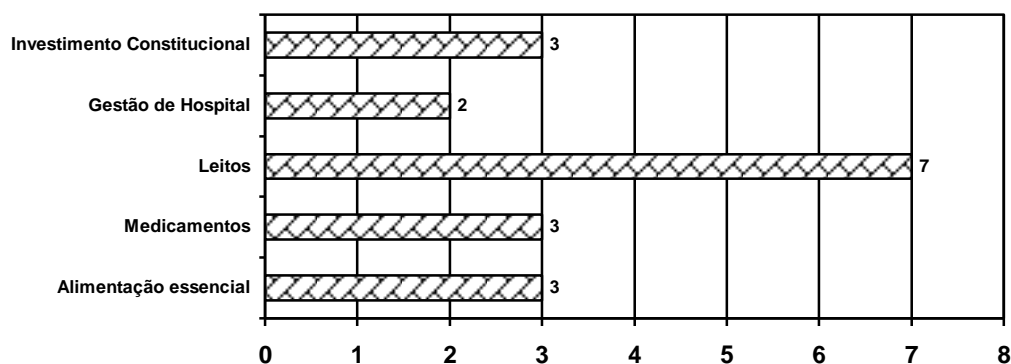


Tabela 13
ACPs de Saúde – Autores x Decisão

Decisão Autores	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Acordo	Total	Sem decisão
Ministério Público	09 53%	01 5,9	04 23,5%	03 17,6%	17	03
ONG	01 100%	-	-	-	01	-
Total	10 55,6%	01 5,5%	04 22,2%	03 16,7%	18	03

Há de se destacar o apelo destas demandas junto aos magistrado. Seja através do deferimento (60%) ou da formulação de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) com os entes Públicos, o fato é que, a ampla maioria das ações de saúde é recebida e julgada favoravelmente pelos juízes.

Acredita-se ser esta tipologia de litígio, nos casos de deferimento, o caso mais relevante de *intervenção* do Judiciário na *implementação* de políticas públicas. Ao determinar que o Município, por exemplo, aporte recursos na criação de uma emergência psiquiátrica, o magistrado determina (a) o rumo da política municipal de saúde e (b) como o ente deve gastar seus fundos. Dificilmente exista caso mais simbólico do *policy-making* dos magistrados no que tange a direitos sociais.

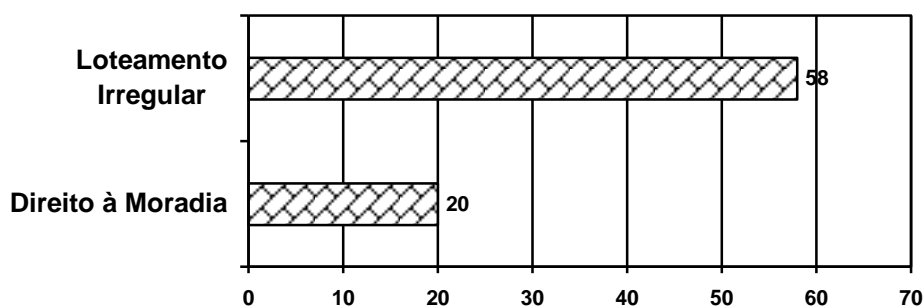
3.6.3 Moradia e Regularização Fundiária

Pode-se tratar como peculiaridade da Comarca de Porto Alegre o número relevante de casos que versam sobre as questões de moradia e regularização fundiária. Com 78 casos identificados pode-se afirmar que a questão urbana porto-alegrense foi levada para dentro dos tribunais.

Tabela 14
ACPs de Regularização e Moradia – Autores x Réus

Réus Autores	Empresas	Pessoa(s) Física(s)	Cooperativa Habitacional	Município de Porto Alegre	Estado do Rio Grande do Sul	Total
Ministério Público	00	02	03	17	03	25
Município de Porto Alegre	39	05	09	00	00	53
Total	39	07	12	17	03	78

Gráfico 22
ACPs de Regularização e Moradia – Natureza do Conflito



Dois atores protagonizam as ações desta matéria: o Ministério Público e o Município de Porto Alegre. Do outro lado, enquanto réus, este último aparece também, juntamente com entes privados, pessoas físicas e jurídicas (Tabela 14). A diversidade de atores envolvidos nestes casos explica-se pela natureza dos litígios.

Pode-se afirmar que dois grandes problemas urbanos são levados aos tribunais: (a) a execução e venda de loteamentos de forma irregular – sem a estrutura fundamental e/ou autorização dos entes municipais para sua consecução; (b) as dificuldades do Município de realizar procedimentos de regularização fundiária e acesso à moradia para a população mais necessitada – que ocupa áreas irregulares, ferindo interesse de outrem, e colocando sua vida e de outras pessoas em risco.

É certo que, somente as ações que solicitam – explicitamente – o acesso à moradia (todas propostas pelo MP) são demandas de direitos sociais. Ocorre que, as questões de ocupação irregular do solo urbano, causadas pela venda e ocupação de loteamentos ilegais, atinge a coletividade e seus efeitos tem características de políticas públicas.

As ações propostas pelo Município de Porto Alegre, por exemplo, não reivindicam a desocupação dos loteamentos irregulares e, sim, que seus proprietários e responsáveis tomem providências com o objetivo de garantir a segurança dos moradores, a infra-estrutura adequada, o estancamento de danos ao meio ambiente, bem como, a realização dos procedimentos municipais de regularização.

Já o Ministério Público, imbuído de suas funções, demanda contra o Município e o Estado, com o objetivo de que os mesmos tomem providências na retirada de famílias de áreas de risco ou irregulares e efetive seu direito à moradia digna.

Em ambos os casos, pelo demonstrado na Tabela 15, a receptividade dos magistrados é alta (mais de 90%). Não é possível confirmar se este tipo de comportamento é tendência nacional ou local, entretanto, há de se dizer que o apelo das questões urbanas junto aos juízes porto-alegrenses demonstrou-se alta, seja ao

obrigar entes privados a regularizarem áreas em ocupação, seja em exigir do Município um comportamento ativo na efetivação do direito à moradia.

Tabela 15
ACPs de Regularização e Moradia – Autores x Decisão

Decisão	Deferido	Parcialmente Deferido	Indeferido	Acordo	Total	Sem decisão
Autores						
Ministério Público	12 60%	06 30%	02 10%	-	20 100%	05
Município de Porto Alegre	33 66%	12 24%	02 4%	03 6%	50 100%	03
Total	45 64,3%	18 25,7%	04 5,7%	03 4,3%	70 100%	08

3.6.4 Educação

A educação infantil é competência do Município, enquanto o Ensino Básico do Estado e não há, dentre as ações analisadas nenhuma demanda sobre o tema. A primeira vista não haveria motivos para desenvolver um tópico acerca de educação, tendo em vista não haver processo coletivo algum que trate da temática. É exatamente por isso que optou-se por desenvolver o presente tópico.

Em pesquisa rápida ao sitio do TJRS acha-se mais de 100 Ações Civis Públicas que reivindicam vagas na educação infantil em municípios do interior. Em Porto Alegre não há nenhuma ação deste tipo correndo. Para tal fenômeno inferem-se duas hipóteses: a) a falta de vagas em creches não é um problema pelo qual Porto Alegre passa; b) o processo judicial não é o instrumento utilizado para obtenção de vagas na educação infantil da capital gaúcha.

A primeira alternativa parece um tanto quanto irreal, tendo em vista as recorrentes matérias na imprensa local apontando o problema. Por outro lado, outros instrumentos podem ser utilizados para obtenção de tais direitos, bem como, a impossibilidade de efetivação pode levar à resignação e inércia.

Já no caso da Educação Básica, de competência do Estado o caso é diferente. Há alguns anos conseguiu-se, praticamente, universalizar o Ensino Fundamental e Médio. Isto não significa que haja satisfação da população com o serviço oferecido. Entretanto, por maior que possa parecer o escopo de tutela de direitos pelo Judiciário, não há como as questões referentes à qualidade da educação serem resolvidas nos tribunais.

Enfim, o principal destaque que se deve dar ao fato da educação não figurar entre os direitos demandados aos tribunais gaúchos é que, neste tema, mesmo com deficiências, o Poder Executivo cumpre com suas obrigações. Além disso, a possibilidade de garantir prestação de um serviço é possível no Judiciário, entretanto, há necessidade de aperfeiçoamento de outros mecanismos para garantir sua qualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta dissertação buscou-se apresentar uma modesta contribuição ao campo de estudos jurídicos dentro da Ciência Política. Sob o amplo tema da *judicialização da política* examinou-se, com foco nos direitos sociais, o sistema de litigância coletiva implementado no Brasil no pós-constituinte. A partir da proposta de realizar pesquisa análoga a de Werneck Vianna e Burgos, no Rio de Janeiro, no início dos anos 2000, analisou-se o processo de litigância coletiva em andamento no Foro Central da Comarca de Porto Alegre, com base em dados de agosto de 2010.

A expansão de competências do Poder Judiciário é fenômeno global, e como tal, apresenta-se de diversas maneiras em cada ordenamento jurídico. Os ricos exemplos das *class actions* norte-americanas, as experiências da justiça de transição na América Latina, bem como a atuação dos Tribunais Constitucionais europeus contribuem para o entendimento do caso brasileiro.

O Brasil tem especificidades decorrentes de um sistema que bebeu de várias fontes e experiências. Desta inspiração, somado às mobilizações sociais da redemocratização e o *lobby* dos juristas pertencentes às carreiras de Estado (juízes, promotores, procuradores) surgiu o complexo sistema apresentado ao longo dos primeiros Capítulos deste trabalho. Há de se destacar uma das principais peculiaridades do sistema brasileiro, o Ministério Público, estruturado e com campo de atuação amplíssimo.

Ficou evidenciado, também, que parte relevante da ampliação de competências do Judiciário brasileiro é decorrente da positivação dos Direitos Fundamentais. Expôs-se que sua efetivação, até o II Pós-Guerra esteve vinculada ao fazer ou não-fazer dos Poderes Políticos (Legislativo e Executivo). É somente na metade do Século passado que o Judiciário consolida-se como *guardião* destes direitos, com a prerrogativa de agir – quando provocado – na ausência ou insuficiência dos demais Poderes. O desenvolvimento dos Direitos Fundamentais por etapas, ao longo da história, criou um amplo conceito, cheio de valores e práticas que fazem com que o ser humano possa ser alçado à cidadania plena.

Para que estes novos papéis do Judiciário e a própria efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial os sociais, não ficassem subsumidos ao dirigismo

constitucional e à letra fria da Lei, estabeleceram-se instrumentos jurídicos para defesa e proteção do cidadão e da coletividade. No que tange à representação política, além das eleições periódicas, instrumentos como as audiências públicas, referendos, plebiscitos e a iniciativa popular foram estruturados. No campo da representação funcional estabeleceu-se o chamado sistema de *litigância de interesse público* ou *coletiva*. Neste ínterim, que tem vários instrumentos, encontram-se as ações coletivas, que foram expostas ao longo do terceiro Capítulo.

A partir dos dados obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que disponibilizou as ações coletivas (Ações Coletivas, Ações Civas Públicas e Ações Populares) em andamento no Foro Central da Comarca de Porto Alegre, em agosto de 2010, foi possível extrair dados quantitativos e qualitativos que fundamentam as principais conclusões deste trabalho.

Os limites dos dados obtidos são de conhecimento da autora, outrossim, sua comparação e possível inferência com o ocorrido em outras metrópoles brasileiras é possível. Seja pela semelhança e complexidade dos litígios das grandes cidades, seja pelas analogias possíveis com os casos e estudos desenvolvidos anteriormente no Rio de Janeiro (Carneiro, 1999; Werneck Vianna e Burgos, 2002) tais deduções são verossímeis. Obviamente existem questões que são peculiares ao objeto escolhido, destaque-se aí as contestações às concessionárias responsáveis pelo trânsito (nas Ações Populares) e a ausência de Ações Civas Públicas relativas à educação infantil, em Porto Alegre, bem como, a grande quantidade de ações que contestavam as privatizações no Rio de Janeiro nos estudos apontados.

Há de se destacar que, no presente trabalho, identificou-se – proporcionalmente – mais ações demandando ações positivas do Estado do que nos estudos análogos anteriores. Mais importante ainda é a elemento que diz respeito à receptividade dos magistrados a estes litígios. Sem sombra de dúvida, no quadro comparativo, ao final da primeira década dos anos 2000, restou demonstrado uma razoável sensibilização dos juízes com os direitos sociais e a omissão estatal.

Por outro lado, nos casos estudados, ficou evidente que as Ações Populares ao invés de – ao menos em parte – serem utilizadas como instrumento de contestação de políticas públicas eventualmente equivocadas, elas tornaram-se

mero instrumento de contestação das maiorias. As APs têm receptividade quase nula dos magistrados e, pelo que se pode perceber, passado o *fato político* contestado há alto índice de desinteresse dos autores, que são inúmeras vezes chamados pelos juízes a manifestarem-se nos processos de sua autoria. Pode-se aventar que tal *descrédito* às Ações Populares possa ser imputado ao *sucesso* das Ações Cíveis Públicas e à mora do Judiciário, outrossim, tais afirmações só podem ser confirmadas em estudos mais profundos.

Ainda no esforço de traçar um quadro comparativo com as pesquisas anteriores, confirmou-se a grande apelo dos litígios que tratam dos *novos direitos* (consumidor e meio ambiente). Acredita-se que dois elementos são fundamentais para o *sucesso* destas demandas: (a) a alta receptividade dos magistrados às inovações legislativas e jurisprudenciais; (b) a baixa efetivação destes direitos no campo extra-judicial, que torna imprescindível a demanda aos tribunais, com o objetivo de permitir o gozo coletivo do estabelecido em lei.

A questão da demora na conclusão das ações é um problema evidente do sistema de litigância coletiva. Com muitos atores envolvidos, os prazos duplicados e até quadruplicados da Administração, bem como, a conhecida mora judicial, fazem com que existam muito processos – de todos os tipos de ação – correndo há mais de 15 anos. No que diz respeito aos direitos sociais e sua urgência e necessidade este não é um problema tão grave quanto em outras áreas (como o controle da probidade administrativa), entretanto, acredita-se que este elemento prejudique a credibilidade das ações coletivas e, principalmente, sua capacidade de efetividade.

Por fim, há de se considerar de que, por mais que caiba ao Judiciário a tarefa de *guardião* dos Direitos Fundamentais, sua atuação é, também, limitada. A relevância das ações dos tribunais descoladas de quaisquer impactos coletivos, como são as ações ordinárias individuais e a impossibilidade dos juízes de ter uma visão completa do quadro político e social para resolução de questões de alta complexidade tem de ser considerada na limitação da atuação dos magistrados. Ora, pelo que foi exposto, há anos as questões de ocupação do solo urbano – por exemplo – são levadas aos juízes em Porto Alegre, outrossim, não há solução para a questão e, sim, importantes medidas emergenciais e paliativas.

Por outro lado, esta constatação não invalida o importante papel que os magistrados têm cumprido na garantia do direito à vida nas ações que tratam de saúde pública. Na verdade, pode-se considerar que as ações judiciais, e seu estudo, ajudam a demonstrar as áreas mais *frágeis* na implementação de políticas públicas. Pesquisas como esta que se encerra poderiam contribuir muito com os governos na identificação dos campos de demanda social, seja por intermédio do Ministério Público ou diretamente. A constatação de que as demandas judiciais contribuem com a identificação das fragilidades locais está na inexistência de ações que tratam de educação infantil em Porto Alegre.

À luz de todo o exposto, é necessário considerar que, do ponto de vista empírico, esta fotografia apresentada ajuda a compreender o processo judicialização dos direitos sociais e a litigância de interesse público, entretanto, não é suficiente. Para uma análise mais completa das espécies é necessário um estudo mais profundo e permanente dos casos, identificando: (a) os processos que não chegam ao Judiciário, como por exemplo, os Inquéritos Civis arquivados, resolvidos extrajudicialmente; (b) a resultante dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), que nos casos apresentados aparecem como acordos, e que suspendem o processo por um período, com duas hipóteses de andamento, se cumprido encerra-se o processo judicial, se descumprido, reativa-se; (c) analisar os elementos motivacionais dos atores, seja do Ministério Público, no exercício de suas funções, seja dos atores individuais que, nas Ações Populares, por exemplo, desistem das ações passado o momento político questionado.

Em suma, o sistema apresentado ao longo deste trabalho presta – na visão da autora – um grande serviço à análise da efetivação dos direitos sociais. Outrossim, não se pode considerar o Terceiro Poder como o único capaz de garantir o exercício da cidadania. Na verdade, o Judiciário, no último período, consolidou-se como *locus* permanente da política, descaracterizando a eventual efemeridade de fenômeno. Este novo *design* institucional tem gerado impactos diretos no campo institucional e social e precisa ser melhor *azeitado* para que, todos os atores envolvidos, divergentes ou convergentes, contribuam com a construção do Estado providência, almejado no texto constitucional e pelo qual muitos setores da sociedade batalham.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, G. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARANTES, R. B. Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciência Política*, vol. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.
- ARANTES, R. B. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.
- BARCELOS, A. P. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMPILONGO, C. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. *A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário – Série Debates*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, n. 20, 1999.
- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 1994.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2006

- CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARNEIRO, P. C. P. *Acesso à justiça. Juizados especiais e ação civil pública.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, p. 115-126, novembro, 2004.
- CASAGRANDE, C. *Ministério Público e a judicialização da política.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jul. 1997.
- CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- COMPARATO, F. K.. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 49-65, outubro/dezembro, 2002, p. 56.
- COSTA, F. D. C. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 64-90, novembro/dezembro 2004.
- DAHL, R. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, vol. 6, Fall, p. 279-295, 1957.
- DALLARI, D. A. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Federal Tribunal Federal no Brasil (1988-2007).* Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos – Instituições Políticas e Direito Constitucional –* 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.
- ENGELMANN, F. Associativismo e Engajamento Político dos Juristas Após a Constituição de 1988. *Revista Política Hoje*, Recife, vol. 18, n. 2, 2009. Disponível em: www.ufpe.br/politica/hoje/index.php/politica/article/download/30/21 Acesso em 10 de janeiro de 2011.

- ENGELMANN, F. A Globalização e o Sentido do Rule of Law no Brasil: uma proposta de análise. *Anais do 33º Encontro Anual da ANPOCS*, Caxambu, 2009. Disponível em: www.anpocs.org.br/portal/component?option=com.../task.../Itemid,85/. Acesso em 10 de janeiro de 2011.
- FEREJOHN, J. Judicializando a política, politizando o direito. *Boletim CEDES/IUPERJ*, Rio de Janeiro, julho, 2005.
- FERRAZ, A. A. M. C. Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público. In: MILARÉ, E. *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FIGUEIREDO, M. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, julho/agosto, 2007.
- FREITAS, L. F. C. de. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FRIEDMAN, B. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, vol. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.
- GARAPON, A. *o Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 10. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRINOVER, A. P. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, É. (Coord). *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 19-39.
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HELLER, H. *Teoria do Estado*. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1968.
- LEIVAS, P. G. C. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEONEL, R. B. *Manual do Processo Coletivo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES, J. R. L. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.31, n. 122, p. 255-265, abril/junho, 1994.

- MACIEL, D. A.; KOERNER, A. O Sentido da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 57, p. 113-134, 2002.
- MANCUSO, R. C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, É. (Coord). *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 707-751.
- MANCUSO, R. C. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILARÉ, É. (Coord). *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- O'DONNELL, G. Poliarquia e a (In)efetividade da Lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 51, julho, 1998
- OLIVEIRA, V. E.; CARVALHO, E. Judicialização da Política: um tema em aberto. *Revista Política Hoje*, vol. 1, n. 15, 15 f., 2006. Disponível em: <<http://politicahoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>>. Acesso em 17 de agosto de 2010.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, vol. 8, n. 15, p. 128-146, janeiro/junho, 2006. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2008.
- PORTO, P. R. F. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- RUIZ, U. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, v.6, n.1, p.11-18, julho/dezembro, 2005.
- SADECK, M. T. (Org.) *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2000.
- SANTOS, J. V. T. Democracia, Poderes e Segurança: reflexões. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan/abr 2010, p. 14-19.
- SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2007.
- SARMENTO, D. (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- SEGAL, J.; SPAETH, H. *The Supreme Court and the attitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- SEGAL, J.; SPAETH, H. *Majority rule of minority will: adherence to precedent on the U. S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- SEGAL, J.; SPAETH, H. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- SHAPIRO, M. *Law and politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.
- SHAPIRO, M. The United States. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 43-66.
- SIKKINK, K. The Transnational dimension of the judicialization in latin America In: SIED, R et al. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Ed Palgrave, 2006.
- SILVA, A. C. M. A. O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. *Revista CEJ*, Brasília, v. 11, n. 37, p.14-24, abril/junho, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero37/artigo02.pdf>>. Acesso em 14 de ago. 2009.
- SILVA, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

- SILVA, J. A.. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TATE, C. N. Why the Expansion of judicial power. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27-38.
- TAYLOR, M. M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, V. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.
- TEIXEIRA, A. *A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)*, Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB, 1997.
- VALLINDER, T. When the Courts GO Marching In. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13-26.
- VANBERG, G. Legislative-judicial relations: a game theoretical approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, vol. 45, n. 2, p. 346-361, April, 2001.
- VIANA, O. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- WATANABE, K. Prefácio. In: MILARÉ, É. (Coord). *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.13-18.
- WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *Corpo e Alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WERNECK VIANNA, L. (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- WERNECK VIANNA, L.; CARVALHO, M. A. R. República e Civilização brasileira. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 8.
- WERNECK VIANNA, L.; BURGOS, M. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Cadernos CEDES*, Rio de Janeiro, IUPERJ, 2005.

- WERNECK VIANNA, L.; BURGOS, M.; MARTINS SALLES, P. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, Rio de Janeiro, IUPERJ, 2006.
- WHITTINGTON, K. E. Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 3, pp. 446-474, 2003.
- WHITTINGTON, K. E. "Interpose your friendly hand": political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *The American Political Science Review*, vol. 99, n. 4, p. 583-596, December, 2005.
- VERBICARO, L. P. Um Estudo Sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 2, jul-dez 2008, p. 389-406.
- VERISSIMO, M. P. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no Pós-1988*. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- VIEGAS, W. Cidadania e participação popular. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

Legislação Consultada

- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constituicao37.htm>>. Acesso em 13 de agosto de 2010.

- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.
- BRASIL. *Lei 4.717 de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4717.htm>>. Acesso em 20 de abril de 2010.
- BRASIL. *Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. *Lei Complementar 40 de 14 de dezembro de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. *Lei 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 20 de julho de 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2010.
- BRASIL. *Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. *Lei 7.913 de 7 de dezembro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7913.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. *Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Lei 8.884 de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm>. Acesso em 18 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Estatuto das Cidades. *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.

BRASIL. *Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2011.

SÃO PAULO. *Lei Complementar 304 de 28 de dezembro de 1982*. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/199299/lei-complementar-304-82-sao-paulo-sp>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2011.