

Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais

Dierle Nunes
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
(Orgs.)



Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre os Programas de Pós-graduação stricto sensu da Escola Superior Dom Helder Câmara, Universidade de Itaúna, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Universidade de Caxias do Sul (UCS), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Faculdade Guanambi, Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Ademais, houve integração entre os Grupos de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), Caminhos Metodológicos do Direito, Metamorfose Jurídica, da UCS, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), da Faculdade Milton Campos, e CEDIS, da Universidade Nova de Lisboa, amparado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal. Esta pesquisa se beneficiou do apoio financeiro da FAPEMIG (Projeto nº 5236-15). Diversos temas foram tratados neste livro, entre eles as ações coletivas em geral, os processos estruturais e complexos, os direitos fundamentais, o meio ambiente, o ativismo judicial, o desenvolvimento sustentável e suas dimensões, as normas fundamentais do processo civil, a tutela diferenciada dos interesses dos povos indígenas, a audiência pública na jurisdição coletiva, a proteção constitucional dos direitos transindividuais e do interesse público, o acesso à justiça e a probidade administrativa, o efeito vinculante do incidente de assunção de competência e as medidas coercitivas e sub-rogatórias nos processos executivos.



FAPEMIG

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS



editora  **fi.org**



**Processo Coletivo,
Desenvolvimento Sustentável e
Tutela Diferenciada dos
Direitos Fundamentais**



U Universidade de Itaúna
UMA GRANDE UNIVERSIDADE



Este livro recebeu apoio financeiro da FAPEMIG (Projeto nº 5236-15), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), Caminhos Metodológicos do Direito, NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais

Organizadores:

Dierle Nunes

Fabício Veiga Costa

Magno Federici Gomes



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

Arte de Capa: barat @baratalexandru

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.)

Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais [recurso eletrônico] / Dierle Nunes; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

428 p.

ISBN - 978-85-5696-574-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito processual; 2. direitos fundamentais; 3. desenvolvimento sustentável; 4. direitos fundamentais; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Magno Federici Gomes; Fabrício Veiga Costa	
Prefácio	13
Dierle Nunes	
1	15
Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais	
Alexandre Melo Franco de M. Bahia; Leonardo Silva Nunes; Samuel Paiva Cota	
2	39
A tutela do ambiente e o problema do controle jurisdicional de políticas públicas: entre o ativismo e o passivismo	
Ariadne Elloise Coelho; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
3	61
A (in)eficácia da proteção ambiental a partir do enfoque processualista civil e as formas de sustentáculo do desenvolvimento sustentável	
Graciele Dalla Libera; Cleide Calgaro	
4	81
Jurisdição ambiental coletiva	
Jeferson Dytz Marin; Carem Santos Paesi	
5	103
Litigância ambiental e desenvolvimento sustentável no Brasil, Estados Unidos e Canadá	
Gabriel Wedy	
6	163
As normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: por que ainda é importante falarmos sobre?	
Flávio Quinaud Pedron; José Emílio Medauar Ommati	
7	181
O sistema interamericano como instrumento de tutela dos direitos fundamentais dos povos indígenas: o caso dos índios chiquitano	
Giulia Parola; Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa	

8	209
Audiência pública no processo coletivo	
Márcio Ricardo Staffen; Roberta Terezinha UvoBodnar; Zenildo Bodnar	
9	231
A proteção constitucional a direitos transindividuais e a necessidade de se repensar a relação entre ilícito civil, dano e processo: o exemplo privilegiado da tutela inibitória, ressarcitória na forma específica e de remoção do ilícito nas ações ambientais e de consumidores	
Cristiano Becker Isaia	
10	257
Processo coletivo e os mecanismos de proteção ao meio ambiente e à sustentabilidade	
Deilton Ribeiro Brasil; Érica Patrícia M. Freitas	
11	277
Gestor público eficiente e a utilização do meio adequado no recebimento dos créditos públicos: uma análise sob o enfoque contemporâneo do direito fundamental de acesso à justiça e da probidade administrativa	
Fabrcio Veiga Costa; Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares	
12	303
Incidente de assunção de competência: coletivização objetiva, efeito vinculante e sustentabilidade	
Magno Federici Gomes; Eler da Silva Reis	
13	321
Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução	
Eduardo Talamini	
14	379
Processo estrutural e litigância de interesse público	
Dierle Nunes; Alexandre G. M. F. de M. Bahia; Renata Gomes; Rafaela Assis	
15	407
Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada	
Hermes Zaneti Jr.	

Apresentação

*Magno Federici Gomes*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre os Programas de Pós-graduação *stricto sensu* da Escola Superior Dom Helder Câmara, Universidade de Itaúna, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Universidade de Caxias do Sul (UCS), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Faculdade Guanambi, Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Ademais, houve integração entre os Grupos de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA),

¹ Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

² Doutor em Direito – PUC Minas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>>

Caminhos Metodológicos do Direito, Metamorfose Jurídica, da UCS, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), da Faculdade Milton Campos, e CEDIS, da Universidade Nova de Lisboa, amparado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal.

Esta pesquisa se beneficiou do apoio financeiro da FAPEMIG (Projeto nº 5236-15).

Diversos temas foram tratados neste livro, entre eles as ações coletivas em geral, os processos estruturais e complexos, os direitos fundamentais, o meio ambiente, o ativismo judicial, o desenvolvimento sustentável e suas dimensões, as normas fundamentais do processo civil, a tutela diferenciada dos interesses dos povos indígenas, a audiência pública na jurisdição coletiva, a proteção constitucional dos direitos transindividuais e do interesse público, o acesso à justiça e a probidade administrativa, o efeito vinculante do incidente de assunção de competência e as medidas coercitivas e sub-rogoratórias nos processos executivos.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual Civil, especialmente no processo coletivo, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação, entre eles o desenvolvimento sustentável.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos voltados ao Direito Processual Coletivo, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos.

Na oportunidade, os Organizadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa, principalmente à

FAPEMIG e aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Este estudo, ora publicado, pretende fomentar a investigação interdisciplinar entre o Direito Processual; Direito ao Desenvolvimento; e Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Prefácio

Dierle Nunes¹

É com grande satisfação que, além de coordenar a presente obra, elaboro esse brevíssimo prefácio no qual só me resta agradecer o apoio institucional da FAPEMIG, dos PPGDS da PUC Minas, Escola Superior Dom Helder Câmara e Universidade de Itaúna e o imenso esforço de todos os pesquisadores na elaboração de seus textos abordando o tormentoso tema do processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada de direitos fundamentais.

Se o tema já traz enorme interesse em situações cotidianas, os eventos ocorridos no Estado de Minas Gerais, envolvendo as tragédias em Mariana e Brumadinho, fazem com que o papel do processo civil constitucionalizado seja revisto de modo a fornecer respostas legítimas, corretas e em tempo devido aos afetados, mediante variações e adaptações procedimentais que permitam dimensionar litígios de interesse público.

¹ Possui doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (como pesquisador da CAPES) (2008), mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003). É Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na Linha "O Processo na construção do Estado Democrático de Direito. Professor Adjunto da PUCMINAS e Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Secretário Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro Fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPCONST). Membro da International Association of Procedural Law e Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Diretor executivo do Instituto de Direito Processual -IDPro. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Membro da Comissão de Juristas que assessorou no projeto de Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado Sócio - Camara, Rodrigues, Oliveira & Nunes Advocacia. Diretor acadêmico do Instituto de Direito e Inteligência Artificial - IDEIA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual e Constitucional. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6141886803125625>>

Pontue-se que a obra envolve pesquisas desenvolvidas em inúmeros Programas de Pós-Graduação em Direito e busca subsidiar uma abordagem trans e multidisciplinar das novas litigiosidades envolvendo a atual complexidade da sociedade brasileira.

Fica aqui o convite para a leitura e aprofundamento nos diversos temas aqui abordados.

Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais

*Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia*¹

*Leonardo Silva Nunes*²

*Samuel Paiva Cota*³

A Constituição de 1988 (CRB/1988), em seus 30 anos, provocou várias revoluções no direito brasileiro do ponto de vista normativo-estrutural mas também no cotidiano das pessoas. Se antes, mesmo havendo já alguns instrumentos de defesa de direitos fundamentais – individuais e coletivos – a realidade da maior parte da população era a do distanciamento entre esta e a norma constitucional (e suas regulamentações) e o Judiciário, a nova ordem trouxe avanços profundos. A constitucionalização do direito mudou a forma como dispositivos constitucionais são tratados pelos jurisdicionados, pelo Ministério Público e pelo Judiciário.

Sob esta inspiração, a CRB/1988 cuidou não apenas da declaração, mas também da efetivação dos direitos, consagrando

¹ Doutor pela UFMG. Professor Adjunto na UFOP e no IBMEC-BH. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos – UFOP. Bolsista de Produtividade do CNPq.

² Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG) e do Instituto de Direito Processual (IDPro). Coordenador do Grupo de Estudos Observatório de Processo. Advogado.

³ Mestrando em Direito do Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto – Bolsista CNPq. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto e Membro do Grupo de Estudos Observatório de Processo.

expressamente o amplo e irrestrito acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), conferindo dignidade constitucional a um vasto rol de ações constitucionais, individuais e coletivas (tais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, a ação de impugnação da mandato eletivo) e, ainda, determinando a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º). (NUNES, 2015, p. 121).

Uma Constituição viva, como projeto constante de inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direitos (art. 5º, §2º), impõe desafios. O Direito Processual possui uma grande contribuição em tal conjuntura. Sua constitucionalização fez com que seus institutos tivessem que ser revistos e incorporadas novas soluções para os problemas (igualmente novos) que se impuseram. As respostas têm sido a incorporação de novas formas: de litigiosidade, de legitimidade, de processamento das demandas, de decisões e mesmo do cumprimento destas.

O processo coletivo e, mais, especificamente, o processo estrutural, são, hoje, ferramentas essenciais na promoção dos direitos difusos, coletivos e individual homogêneos, notadamente quando estes envolvem demandas de interesse público. Estas são algumas das questões que propomos tratar no presente, é dizer, mostrar o desafio das tutelas diferenciadas de direitos fundamentais, depois, um pequeno histórico da configuração e desenvolvimento do direito coletivo no Brasil para, então, tecermos considerações sobre o processo estrutural. A metodologia do trabalho é normativo-analítica e reconstrutiva, buscando conjugar análise de normas e sua adequação aos desafios do Estado Democrático de Direito.

2. A tutela diferenciada dos direitos fundamentais

Face à Constituição de 1988 não é mais possível a aplicação das velhas soluções. São necessárias ou a reconstrução ou a inovação dos institutos do Direito Processual.

Um Capítulo especial no Processo Constitucional⁴ é a defesa dos direitos fundamentais. O direito à saúde, apenas para citar um exemplo, além de ter sido universalizado e se impor na agenda política, adentrou o Judiciário, levando ao que se chama de *judicialização da saúde* (um capítulo especial da *judicialização da política*). Isso porque a Constituição não se preocupou apenas em listar o maior rol de direitos fundamentais que já tivemos, ela também manteve, criou e/ou reconfigurou meios para que tais direitos não fiquem à espera da boa vontade do Legislador ou da Administração Pública.

Assim como a saúde – que pode envolver demandas individuais e coletivas –, outros direitos fundamentais têm sua aplicabilidade cobrada perante o Judiciário todos os dias. São milhares de ações que trazem imensos desafios, como os limites entre a separação de poderes; a representatividade das organizações que se propõem a defender tais direitos pela via jurisdicional; o alcance das decisões e sua executoriedade⁵.

Há, hoje, diferentes tipos de litigiosidade para os quais a dogmática e o instrumental tradicional não ofertam soluções adequadas:

É de se perceber que na atualidade, de modo a viabilizar como já pontuado uma aplicação legítima e eficiente (efetividade normativa), a ciência processual precisa lidar com três tipos de litigiosidade: **a) individual ou ‘de varejo’**: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; **b) a litigiosidade coletiva**: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, *v.g.*,

⁴ Cf. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016) e (CURI; NUNES; BAHIA, 2009).

⁵ Até onde o Judiciário pode ir para, em nome do patrimônio histórico-cultural, por exemplo, determinar a obrigação de uma Prefeitura de restaurar uma igreja barroca de forma imediata sem respeitar, seja a lei de orçamento, seja a lei de licitações? Voltando à questão da saúde, em razão das constantes decisões determinando gastos “extra” aos Municípios, estes têm reservado parte do orçamento de tal rubrica para possíveis decisões judiciais – dinheiro que poderia ser utilizado para ações de melhoria e avanço no setor. Sobre isso (PINTO; BAHIA; SANTOS, 2017).

procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.) mediante as *ClassActions*, *DefendantClassActions*, *Verbandsklage* etc. e que padecem de enormes problemas de subrepresentação de todos os grupos afetados (que possuem interesses diferentes [...]); e **c) em massa, repetitiva ou de alta intensidade:** embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa, e nos quais a subrepresentação também se mostra evidente pelo fato da técnica do julgamento por amostragem (causa piloto) não consegue, em regra, analisar todos os fundamentos e interesses em discussão no julgamento, p. ex., de um recurso repetitivo. É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio, sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo. O que se vislumbra, cada vez mais, é a necessidade de o sistema processual buscar, para além de princípios comuns (como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional e outros princípios constitucionais do processo), que sejam previstas técnicas específicas para tratar de cada uma dessas formas de demanda, de forma que, por exemplo, soluções para litígios repetitivos não sejam aplicadas a litígios de varejo e vice-versa ou que em litígios de interesse público sejam pensadas medidas estruturantes (*structuralinjunctons*) com uma inerente vinculação técnica entre a atividade cognitiva de julgamento e a de cumprimento (novo *sincretismo*) que induzam, no momento decisório, além de uma preocupação com a declaração do direito, a necessidade de se levar em consideração como a mesma deva ser efetivada. Este aspecto, que no âmbito da litigiosidade individual e patrimonial já se mostra preocupante, torna-se ainda mais complexo nos litígios de interesse público (envolvendo questões de política, v. g. judicialização da saúde, educação) nos quais se fazem necessárias estas **medidas executivas estruturantes** [...] que partem da necessidade de um diálogo participativo na implementação da decisão na qual o Estado-juiz é incapaz técnica e institucionalmente de solitariamente obter resultados legítimos. Seguindo este raciocínio, o tratamento das

demandas repetitivas nos moldes das demandas individuais gerará inúmeros problemas, dos quais podemos citar pelo menos quatro: I) abarrotamento dos juízos de demandas idênticas ou similares, com possível contraste de decisões (superficialmente produzidas) e eventual tratamento diferenciado das partes em presença da mesma lesão; II) diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e eventuais; III) em decorrência da ausência de mecanismos legítimos e que proporcionem coerência e estabilidade decisória uma completa anarquia interpretativa e IV) déficits de representação (subrepresentação) no julgamento da causa piloto pelo fato de somente parcela dos argumentos e interesses são levados em consideração. E, em países como o Brasil, em que não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a já aludida litigância de interesse público (*Publicinterestlitigation*), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim, uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 378-381; grifos nossos).

Assim, para fazer frente às demandas repetitivas e às demandas de “interesse público” há que se pensar novas formas de solução, o que impõe a reconstrução do processo coletivo que, em tais casos, será guiado especialmente pelas novas determinações do processo estrutural – que retomaremos à frente.

A litigância envolvendo direitos fundamentais na atualidade mais do que nunca, impõe pensar-se em tutelas diferenciadas das tradicionais. Isso se dá, inclusive, em razão do aumento de complexidade do Direito a partir do momento em que este não é concebido apenas como conjunto fechado de regras mas também que as leis contêm também princípios. Uma vez que o direito é concebido (também) como conjunto de princípios e que estes, a todo o tempo, entram em conflito, o direito processual necessitou pensar também novas formas de tratar as demandas – o art. 489,

§2º do CPC/2015 é uma tentativa de resposta nesse sentido (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016).

3. O desenvolvimento do processo coletivo

A defesa dos direitos coletivos de modo algum poderia se dar a partir da aplicação de mecanismos processuais classicamente concebidos para a defesa de direitos individuais, sendo que a inafastabilidade da jurisdição e a necessidade de garantia e proteção ao direito material em jogo impulsionaram a busca pela tutela adequada e diferenciada dos direitos coletivos.

É cediço que o Brasil passou por uma clara evolução legislativa e doutrinária no que tange ao tratamento dos direitos de grupo, ou coletivos *lato sensu*, que, na esteira do art. 81 do CDC, englobam os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Atualmente, muito já se avançou na defesa dos direitos coletivos, existindo um microsistema formado por normas processuais próprias⁶, responsável pela tutela integral a esses direitos. De modo simplificado, pode-se afirmar que as Leis 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) compõem, juntas, o centro desse microsistema, que dialoga diretamente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Processo Civil, as demais leis ordinárias que tratam de questões afetas aos direitos coletivos (como a Lei da Ação Popular – 4.717/1965), e as leis que definem o controle de constitucionalidade (Leis 9.868/1999 e 9.882/1999).

⁶ “O *direito processual coletivo* se biparte em *direito processual coletivo comum*, que se destina à tutela de direitos coletivos lesados ou ameaçados de lesão em decorrência de conflitos coletivos existentes no mundo da concretude, e em *direito processual coletivo especial*, que se destina ao controle abstrato da constitucionalidade, cujo objeto de tutela é o *interesse coletivo objetivo legítimo*” (ALMEIDA, 2003, p.480).

Assim, o processo coletivo⁷ foi estruturado na tentativa de fornecer tutela jurisdicional efetiva e diferenciada aos direitos de grupo.

No direito brasileiro, em especial⁸, houve um claro avanço no tratamento dos direitos coletivos nas décadas de 1970 e 1980, revelando-se clara a perplexidade e as gigantescas transformações que o direito estava sofrendo, principalmente, na tentativa de soluções para problemas relacionados à legitimação dos grupos, da extensão da coisa julgada, da garantia ao contraditório, entre outros.

Até adentrar na lógica do Estado Democrático de Direito, com a CRB/1988, o processo coletivo teve como marco inicial a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), surgindo, a partir dela e de maneira esparsa, outras leis, como a Lei da Ação da Civil Pública (Lei 7.347/1985), um verdadeiro marco na tutela dos direitos coletivos.

Mas, somente com a instituição de uma nova ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito, advindo com a promulgação da CRB/1988, é que os avanços na tutela dos direitos coletivos se fizeram mais incisivos.

A expressa consagração ao longo do texto constitucional de direitos de índole coletiva (direitos do idoso, do consumidor, à higidez do meio ambiente, entre outros), aliada ao desenvolvimento de técnicas aptas a viabilizar a tutela jurisdicional adequada, como a previsão do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), a incorporação da ação civil pública, alargada para

⁷ O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se o *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2017, p. 31).

⁸ Para compreender esse momento histórico, vale a leitura de alguns textos clássicos, entre eles: (GRINOVER, 1979), (MOREIRA, 1982), (WATANABE, 1984).

a defesa genérica de direitos difusos e coletivos (art. 129, III), entre outros, são provas concretas do referido avanço.

Embora gradualmente, após a promulgação da CRB/1988, houve grande proliferação de novos regramentos pertinentes à tutela, material e processual, dos direitos coletivos. A título de exemplo, pode ser enumerada a seguinte legislação: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992); o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003); a Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei 12.016/2009); a Lei do Mandado de Injunção Individual e Coletivo (Lei 13.300/2016); entre outras.

Todas estas leis compõem o sistema de tutela jurisdicional coletiva brasileiro, e possuem diversas peculiaridades, adaptações procedimentais e formas diferentes de atuação, o que se dá em razão da tipologia dos direitos que visam tutelar.

Firmou-se até aqui o reconhecimento constitucional dos direitos coletivos, de caráter fundamental, sendo importante ater-se ao conceito de processo coletivo e caracterizar o seu objeto material, os direitos coletivos.

O processo é coletivo a partir do momento em que este preenche dois requisitos, quais sejam, a existência de um direito coletivo *latu sensu* como objeto do processo e a presença de um grupo de pessoas, determináveis ou não, como pretendentes titulares destes direitos. Ou seja, é imperiosa a presença do grupo e da situação jurídica coletiva para se determinar a natureza de uma ação coletiva, sendo a segunda a que causou maiores controvérsias doutrinárias ao longo dos anos.

O art. 81, parágrafo único, do CDC, sedimenta no ordenamento jurídico brasileiro a definição legal de direitos coletivos *latu sensu*, distribuídos em três categorias distintas, a dos *direitos difusos*, dos *direitos coletivos em sentido estrito* e dos *direitos individuais homogêneos*, não fazendo qualquer

diferenciação entre a utilização dos termos “direitos” ou “interesses”, alvo de grande divergência doutrinária em tempos passados. Embora não indene de controvérsias, a definição legal, ao menos, convencionou⁹ a forma de se referir a essas situações. Nada obstante, diante da notável insuficiência legislativa, não tardou a doutrina a propor melhor definição.

Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, define os direitos difusos como sendo “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”(MAZZILLI, 2006, p. 50-51.). Já os direitos coletivos em sentido estrito, apesar de terem em comum com os direitos difusos a nota da indivisibilidade, destes se diferenciam por dizerem respeito a um grupo determinável ou determinado de pessoas, ligadas pela mesma relação jurídica base. Finalmente, segundo esse autor, os direitos individuais homogêneos correspondem a interesses “de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”¹⁰. Cumpre ressaltar, contudo, que determinados autores, como Teori Albino Zavascki(2011, p. 33-34) e Humberto Theodoro Júnior(2016, p. 735) não incluem essa categoria de direitos no rol de direitos coletivos, por se tratarem de uma categoria de direitos diferenciada, simplesmente direitos subjetivos individuais.

Em que pesem as divergências brevemente apontadas, de modo geral, a doutrina brasileira relaciona as três espécies como vinculadas ao gênero direitos coletivos *latu sensu*, sendo que um tom conciliador, de reconhecimento da aproximação destes

⁹ Mesmo recentemente há quem na doutrina sugira modos diferentes de categorizar os litígios transindividuais, como o faz Edilson Vitorelli (VITORELLI, 2015).

¹⁰ MAZZILLI, *Op.Cit.*, p. 53. Nestas situações, o vínculo com a parte contrária é consequencial à lesão. “Essa relação jurídica nascida com a lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos ‘difusos’ ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas” (WATANABE, 2005, p. 804).

direitos¹¹, não a sua compartimentalização, parecer ser o caminho mais acertado.

Por mais de três décadas o direito brasileiro busca concretizar os direitos coletivos mediante o desenvolvimento de ferramental apto à sua adequada efetivação pela via do processo. Em outras palavras, à medida que estes direitos foram sendo consagrados, em especial após a CRB/1988, diversos mecanismos de defesa/proteção foram sendo implementados, como formas adequadas de tutelá-los.

A realidade destes novos direitos impôs profundas reflexões a fim de superar dificuldades inerentes à sua tutela por meio do processo, a exemplo da questão da legitimidade ativa, a representação dos grupos, a extensão da coisa julgada, a competência, os poderes do juiz, como viabilizar o contraditório, entre outros temas relevantes para a formatação do processo coletivo, com vistas à configuração de uma nova forma de tutela jurisdicional. As peculiaridades envolvendo os direitos coletivos impactaram decisivamente na conformação do processo, demandando a construção de procedimentos diferenciados. Isso é perceptível na análise de duas nuances do processo coletivo, a legitimação *ope legis* e a representação dos grupos.

Diferentemente do exercício da ação relacionada a direito individual, em que, de regra, apenas o pretense titular pode pleiteá-lo em juízo, quando o litígio versa sobre direitos de grupo, por opção legislativa, a legislação indica um rol de legitimados ativos ao manejo das ações coletivas, estabelecendo parâmetros objetivos para a representação dos pretensos titulares. A legitimação *ope legis*, extraordinária, importa em que a determinados entes, públicos ou privados, previamente

¹¹ “As categorias de direito expostas (difuso, coletivo e individual homogêneo) foram elaboradas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direitos material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para sua proteção pelo Poder Judiciário” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 41).

estabelecidos pela legislação, é conferido o manejo do direito de ação para a tutela de direitos coletivos sobre os quais aqueles não possuem qualquer titularidade. Trata-se de uma técnica legislativa de legitimação ativa para as ações coletivas, de uma legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2017, p. 196).

Nesse contexto, toda a estrutura processual coletiva foi construída objetivando a viabilidade processual do exercício do direito de ação e da tutela dos direitos coletivos, sendo que, a par da legitimação, cumpre, sempre, verificar a adequada representatividade do ente legitimado em relação aos pretensos titulares do direito lesado ou ameaçado, sobretudo porque a participação direta dos interessados em juízo é quase impossibilitada.

A efetivação dos direitos coletivos, pela criação de um aparato normativo compatível e adaptado ao direito material *sub judice*, foi objeto de intenso debate e criação legislativa, até chegar-se ao estágio de desenvolvimento atual, com a formação de um microsistema de tutela dos direitos coletivos composto de técnicas diversas. As ações coletivas de caráter constitucional, como a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública, entre outras, representam formas diferenciadas de tutela dos direitos coletivos, viabilizando sua concretização material pela via processual.

4. As Ações Coletivas

Fixadas as premissas do processo coletivo, é necessário aprofundar a análise acerca de algumas ações coletivas, de forma exemplificativa, que representam formas diferenciadas de tutela dos direitos coletivos, adaptando o procedimento às peculiaridades do direito material, com o objetivo claro de garantir a proteção e a efetividade destes direitos.

A ação popular, disciplinada pela Lei 4.717/1965 e prevista, atualmente, no art. 5º, LXXIII, CRB/1988, foi o mecanismo de defesa originário dos direitos coletivos no direito brasileiro, representando uma verdadeira revolução na concretização e proteção desses direitos.

José Carlos Barbosa Moreira, em pioneiro estudo, considerou a ação popular meio apto para a defesa dos interesses difusos. Trata-se de instrumento constitucional-processual que apresenta singularidades notáveis em relação às demais espécies de ações coletivas, como a previsão da diferenciada legitimidade ativa de qualquer cidadão para propor a ação popular, em total contraponto à legitimidade *ope legis* das demais ações coletivas, a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, atuar ao lado do autor, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de procedência, bem como a amplitude dos direitos coletivos tutelados¹².

Ressalte-se que a Constituição de 1946 (art. 141, §38) aduzia que qualquer cidadão poderia pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, sendo que a promulgação da lei da ação popular, regulamentando o dispositivo constitucional, representou uma inovação na tutela de direitos coletivos perante a Administração Pública, em um sentido mais amplo, por considerar que bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico e cultural, estariam abarcados no conceito de “patrimônio público”.

Em clara evolução, a tutela dos direitos coletivos foi ampliada a partir da publicação da Lei 7.347/1985, que disciplinou

¹² “(...) cuidou a lei - e o ponto assume especial relevo no presente contexto - de fixar o conceito de *patrimônio*, com o fito de dilatar a área de atuação do instrumento processual para fora do restrito círculo das lesões meramente *pecuniárias*. É talvez essa peculiaridade que torna a ação popular mais interessante (...) na perspectiva em que nos situamos aqui, sabido como é que os denominados ‘interesses difusos’ não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos - característica com a qual se relaciona de maneira direta a insuficiência, a seu respeito, da ‘tutela ressarcitória’” (MOREIRA, 1982, p. 10).

a Ação Civil Pública, mesmo que em um primeiro momento com o objeto de tutela ainda restrito ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural. A ação civil pública, principalmente após a CRB/1988, foi alçada ao status de garantia constitucional (art. 129, III), tendo o seu objeto alargado para a defesa de quaisquer direitos difusos e coletivos após a promulgação do CDC (art. 110), consolidando este mecanismo processual como um marco na tutela dos direitos coletivos.

Em especial pode-se ressaltar que a lei da ação civil pública, como base do microsistema processual coletivo, trouxe inovações no que diz respeito à legitimidade ativa, em opção legislativa consideravelmente diferente daquela adotada na lei de ação popular, inaugurando a legitimação ativa *ope legis*, bem como na previsão mais ampla de cabimento dentre todas as ações coletivas, posto ser cabível nas três espécies de direitos coletivos e ser instrumento hábil a tutelar a mais variada gama de direitos materiais¹³.

Dessa forma, esta lei, junto ao CDC, regulamentou um procedimento comum para as causas coletivas, trazendo concretude ao princípio da atipicidade da demanda coletiva (art. 83 do CDC) e possibilitando um amplo espectro de mecanismos processuais de tutela adequada dos direitos coletivos.

Outra importante ação coletiva é o mandado de segurança. Previsto constitucionalmente no art. 5º, LXIX e LXX e regulamentado pela Lei 12.016/2009, foi instituído como o mecanismo processual adequado à defesa de direitos, lesados ou ameaçados, contra ato de abuso de poder ou ilegalidade de agente público. Trata-se de uma garantia constitucional fundamental

¹³ “Dessa forma, a ação civil pública tem o mais amplo campo de cabimento dentre todas as ações coletivas que compõem o processo coletivo comum. Além de ser cabível nas três espécies de direitos tutelados pelo microsistema coletivo - difuso, coletivo e individual homogêneo -, é instrumento hábil a tutelar a mais variada gama de direitos materiais, desde aqueles previstos expressamente no art. 10 da LACP, como outros, por exemplo, o direito das crianças e adolescentes, dos idosos, à saúde pública, à educação etc.” (NEVES, 2016, p. 88).

posta à disposição de toda pessoa física ou jurídica para proteção e controle das ações da Administração Pública.

O surgimento do mandado de segurança ocorreu com a restrição do cabimento do *habeas corpus* em 1926, retirando do texto constitucional então vigente a previsão de remédio constitucional para a proteção frente a ilegalidades e abusos de poder, passando a ser exclusivamente delimitado para contrapor violações à liberdade de locomoção¹⁴. Essa reforma constitucional ocasionou à época um “vácuo jurídico-procedimental, deixando na orfandade a defesa dos direitos subjetivos públicos violados ou ameaçados por ato de autoridade ou por quem a ela se equipara” (JAYME, 2011, p.3). Somente com a Constituição de 1934, enfim, que surgiu a previsão constitucional do mandado de segurança, limitado às garantias individuais.

Em especial, o mandado de segurança coletivo, uma inovação da CRB/1988, está submetido às mesmas regras do mandado de segurança individual, malgrado a aparente limitação do rol constitucional de legitimados para a sua propositura. Advirta-se, contudo, que a garantia constitucional-processual do mandado de segurança é apta a tutelar quaisquer direitos, individuais e coletivos, notadamente os direitos difusos¹⁵.

O mandado de segurança coletivo pertence ao microsistema de tutela jurisdicional coletiva, o que reforça o princípio da atipicidade dos meios da demanda coletiva, sendo via idônea para garantir a adequada tutela jurisdicional de qualquer direito coletivo, desde que preenchidos os requisitos legais.

¹⁴ Com essa redação – notadamente muito similar à que irá ter o mandado de segurança desde a Constituição de 1934 – Rui Barbosa foi um dos grandes responsáveis por criar o que se chamou de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, é dizer, desde fins do século XIX até 1926 qualquer direito individual ou político violado (ou em vias de violação) poderia ser protegido por aquela ação, que apresentava inúmeras vantagens face às ações ordinárias, a começar por sua prioridade de julgamento sobre qualquer outra ação (BAHIA, 2016, p. 116-117).

¹⁵ “O mandado de segurança coletivo é instrumento processual apto à tutela jurisdicional de direitos difusos, sendo possível ratificar a assertiva com fundamentos de variados espectros, todos eles convergentes, direcionados a fazer atuar esta garantia constitucional com a maior amplitude possível.” (NUNES, 2015).

Mais recentemente, a Lei 13.300/2016 regulamentou o mandado de injunção individual e coletivo, em atenção à previsão constitucional do art. 5º, LXXI, da CRB/1988, para o reconhecimento da mora legislativa e as condições em que se darão o exercício dos direitos e prerrogativas reclamados, sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A promulgação da referida lei pôs fim a um vácuo legislativo de mais devinte e oito anos, constituindo um marco importante na efetivação da tutela dos direitos, em especial os de natureza coletiva.

Essa regulamentação essencial, em que pese a (auto)aplicabilidade da norma do art. 5º, LXXI, da CR/88, apoiou-se no recente desenvolvimento jurisprudencial do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal (especialmente nos casos sobre omissão inconstitucional quanto ao dever legislativo de regulamentar os direitos de greve e de aposentadoria especial dos servidores públicos) a partir da aplicação subsidiária das normas vigentes para o mandado de segurança, para suprir a lacuna normativa até então existente quanto ao tratamento do Controle de constitucionalidade da omissão pela via do mandado de injunção (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

A regulamentação do mandado de injunção trouxe diversos avanços e levantou controvérsias, como a inovação da possibilidade de concessão de eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, parágrafo 1º), em uma tentativa de promover maior adequação da decisão proferida à realidade do caso concreto.

Por fim, está em voga a discussão acerca do cabimento do *habeas corpus* coletivo, em razão do julgamento do HC. n. 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal, que, em fevereiro de 2018, concedeu parcialmente a ordem em processo que tinha por objeto

a situação das “mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

A figura processual do *habeas corpus* coletivo foi reconhecida como legítima pelo STF, na esteira do princípio da atipicidade dos meios de tutela coletiva, sendo invocado, por analogia, o art. 12 da Lei 13.330/2016 para a definição da legitimidade ativa. Contudo, para o cabimento do mecanismo de tutela na forma coletiva, foi apontado que é preciso que o grupo esteja em uma situação fática unitária, homogênea, residindo neste ponto grande controvérsia, que é discutida inclusive no HC. n. 148.459, que tramita perante a 1ª turma do STF.

Conforme já destacado neste ensaio, a tutela jurisdicional efetiva, extraída do art. 5º, XXXV da CRB/1988, implica no reconhecimento de que o processo serve ao direito material, sendo que o mecanismo processual apto a conter violações ou ameaças de lesão ao direito de liberdade é o *habeas corpus*, mesmo quando estas se revestem de caráter coletivo.

Por esse raciocínio, a evolução histórica da tutela dos direitos coletivos foi se construindo a partir da inter-relação entre direito material, necessidade premente de tutela e os mecanismos processuais existentes à disposição, sendo que para cada tipo de violação aos direitos coletivos, sempre haverá uma correspondente forma de tutela jurisdicional adequada.

5. O Processo Estrutural

Uma nova forma de tutela diferenciada de direitos fundamentais, em especial de direitos coletivos, vem se destacando no direito brasileiro, sendo objeto de amplos estudos pela doutrina nacional, em que pese já ser bastante difundida em países como os Estados Unidos. A essa metodologia de tutela de direitos dá-se o nome de processo estrutural.

O processo estrutural foi primeiramente delineado nos Estados Unidos, diante da percepção de uma nova categoria de litígios, os litígios estruturais, derivados da concepção de litígios de interesse público. A denominação “estrutural” é inspirada na utilização pela doutrina da expressão *structural reforms*.

Os litígios de interesse público são conhecidos nos Estados Unidos como *public interest law* ou *public interest litigation*, designação bastante usual¹⁶ para aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade, possuindo características totalmente diversas de litígios coletivos clássicos.

Da análise de precedentes norte-americanos, como o caso *Holt v. Sarver*¹⁷, observa-se que estes litígios são marcados por serem polimorfos, altamente mutáveis, com a formação de pretensões jurídicas futuras e voltadas para a concretude de direitos fundamentais violados de modos sistêmico, que necessitam de uma forma totalmente diversa de tutela jurídica.

Diferentemente dos conflitos submetidos às matrizes processuais individual ou coletiva clássica que predominam no ambiente jurídico brasileiro, os litígios de interesse público se apresentam de forma extremamente complexa, revelando um novo modelo de adjudicação de direitos, em contraposição ao modelo tradicional de resolução de disputas.

¹⁶ “A expressão **interesse público**, nos moldes propostos, embora não seja usual na doutrina brasileira, encontra amplo respaldo na literatura jurídica norte-americana. Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual. Algumas vezes a doutrina norte-americana, com maior amplitude, usa essas expressões para indicar também a advocacia em defesa dos necessitados e a defesa de interesses minoritários na sociedade.” (WATANABE, 2017, p. 193-227). Ver também: (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2014).

¹⁷ “De fato, esse precedente reúne todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada, orientada para o futuro, formada por pretensões difusas, baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção, que visa à reforma de uma instituição social, cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença, conduzida por juiz e partes em cooperação. Ou, de modo mais sintético, “*the process whereby organizations or individuals use litigation in the high courts to enforce collective rights or to influence social chance.*” (ARENHART, 2017, p. 304).

Abram Chayes (1976) define com precisão esse modelo tradicional de processo:

Tradicionalmente, el proceso ha sido visto como un medio para resolver conflictos de derecho privado entre particulares. Las características que definen este modelo de litigio son:

(1) Un proceso bipolar. El litigio se organiza como una confrontación entre dos individuos, o al menos dos intereses unitarios diametralmente opuestos, a resolverse sobre la idea que “el ganador se lleva todo”.

(2) El litigio es retrospectivo. La controversia gira en torno a una serie identificada de eventos pasados y está destinada a determinar si ocurrieron y, en su caso, cuáles son las consecuencias legales para las partes.

(3) El derecho y el remedio son interdependientes. El alcance de la reparación se deriva más o menos lógicamente de la violación sustantiva, bajo la teoría general de que el actor obtendrá una compensación medida en base al daño causado por el actor ilícito del demandado -en un contrato, otorgándole al actor el dinero que hubiera tenido de no incurrir en tal ilícito; en un caso de responsabilidad civil, pagando el valor del daño causado.

(4) El proceso es un episodio autosuficiente. El impacto de la sentencia está restringido a las partes. Si el actor vence, habrá una simple transferencia con fines de compensación, usualmente el pago de una suma de dinero y sólo ocasionalmente la devolución de una cosa o la realización de un acto determinado. Si el demandado vence, el perjuicio permanece donde se encontraba. En cualquier caso, el dictado de la sentencia concluye la actividad judicial.

(5) El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El caso se organiza y las cuestiones se definen a partir de los intercambios entre las partes. La responsabilidad sobre el desarrollo de los hechos es suya. El juez es un árbitro neutral de dichas interacciones, que decide cuestiones jurídicas solo si éstas son apropiadamente planteadas por alguna de las partes.

Diferentemente, por demandarem uma forma não convencional de adjudicação de direitos, mediante a implementação de diversas medidas estruturais, os litígios de

interesse público podem ser denominados de modo diverso e mais preciso, como litígios estruturais.

Essa nova tipologia foi inicialmente concebida nos Estados Unidos, nas décadas de 1950 e 1960, após o julgamento pela Suprema Corte Norte Americana do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 17 de maio de 1954. A partir daí, foi objeto de inúmeras pesquisas, inspiradas nos estudos pioneiros de Owen Fiss¹⁸.

A dificuldade de concreção de valores públicos reputados juridicamente relevantes¹⁹ e a ampla dificuldade de apreensão e efetivação de direitos fundamentais relacionados a questões de amplo espectro acabou por deixar evidente a insuficiência da forma convencional (ou tradicional) de processo, fortemente marcado pela bipolaridade, pela prolação de decisões retrospectivas, e que se voltam para o passado. Alguns conflitos não se coadunam com essa perspectiva, demandando, por suas próprias características, uma metodologia diversa.

Os litígios estruturais são policêntricos, ou seja, contemplam diferentes pontos de influência que interagem entre si de modos diversos. São, ainda, marcados pela existência de

¹⁸ “A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.” (WATANABE, 2017, p. 119-173).

¹⁹ “A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria órgãos e determina suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também dos valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição a formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito.” (WATANABE, 2017, p. 119-173)

violações estruturais de direitos, que se dão como resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais, dentro de uma causalidade complexa e de uma multiplicidade de interesses imbricados, muitas vezes antagônicos²⁰. Nesse contexto, acabam por demandar a construção de formas procedimentais peculiares para a efetivação e satisfação de direitos.

Em razão da profusão de processos que discutem litígios dessa natureza, como o caso envolvendo o Crime Ambiental (iniciado) em Mariana/MG (e, então, atingindo dezenas de Municípios ao longo do Rio Doce até a foz deste no Espírito Santo), cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo provocado para uma atuação não convencional, a exigir comportamentos e providências que melhor se amoldem à realidade dos conflitos, estipulando medidas a serem cumpridas em caráter prospectivo e mandamental, com a ampliação da negociação e da participação dos sujeitos processuais interessados, tudo em vista de implementar uma reforma estrutural de entes e organizações burocráticas.

Estas medidas estruturais, como Didier, Zaneti e Oliveira²¹ as definem, têm por condão implementar uma reforma na estrutura

²⁰ “Entre todos esos elementos, los que la doctrina destaca con mayor frecuencia son: (1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales. (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.” (PUGA, 2014, p. 41-82).

²¹ “A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.”. (ARENHART, 2017, p. 353-368).

de entes e organizações, não somente na burocracia estatal, bem como têm por perspectivas concretizar além dos direitos constitucionais, determinadas políticas públicas e resolver litígios complexos. Nesse sentido é que mecanismos como os “negócios processuais” ganham especial relevo, uma vez que em casos de litígios estruturais o Poder Judiciário deverá chamar as partes a estabelecerem acordos como a calendarização da execução das sentenças, dadas a complexidade e o caráter prospectivo destas²².

Para essa nova realidade de litígios um novo papel é atribuído ao Poder Judiciário, de caráter gerencial e de consolidação de valores públicos – traduzidos em normas de direitos e garantias fundamentais –, que deve atuar com atenção voltada ao estabelecimento de formas diferenciadas de tutela jurisdicional, tudo com vistas a garantir a efetividade e a adequação do processo ao direito material.

6. Considerações finais

Os grandes desafios postos pela litigância envolvendo direitos fundamentais no país vem encontrando boas soluções. Um dos balanços possíveis, nos 30 anos da Constituição, é que o Direito Processual tem sido capaz de articular novas soluções para os novos problemas que lhe são apresentadas – o CPC/2015, assim como outras normas recentes são provas disso, como procuramos mostrar.

O desenvolvimento legislativo com normas como o CPC/2015, a lei do mandado de injunção, as atualizações à lei da ação civil pública e a própria lei do mandado de segurança são bons exemplos, como exposto acima, de soluções à altura dos desafios do processo estrutural.

²² Sobre os negócios processuais no Novo CPC, ver (FARIA, 2016). Sobre a possibilidade de calendarização na execução de litígios envolvendo interesse público, cf. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013).

Não bastam, contudo, soluções normativas ou dogmáticas. Há muitas questões ainda sem resposta adequada e os processos ainda padecem de velhos problemas como a demora no provimento final, sua executoriedade, isso sem falar em questões como a representatividade dos legitimados ou mesmo os efeitos das decisões. Os trabalhos de doutrina e jurisprudência – assim como mesmo do legislador – não podem cessar. Após três décadas da atual ordem constitucional, demandas por novos direitos até então *desconhecidos* do Ordenamento Jurídico, a inclusão no rol dos beneficiados por aqueles direitos até então restritos a alguns, assim como o dimensionamento adequado de ações de grande proporção e soluções prospectivas nos movem a pensar o Direito para além do que, até então, tem sido capaz de ofertar.

7. Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Processo Constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic publicada em *Revista de Processo*, n. 268, junho 2017.
- CURI, Ivan; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, v. LXXXV, p. 343-374, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIA, Guilherme Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodvm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 14, 1979.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19.ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*, vol. 28, 1982.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo: volume único*. 3.ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

NUNES, Leonardo Silva. *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

PINTO, Élica; BAHIA, Alexandre; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, p. 209-237, 2017.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Vol. 2, 2014, p. 41-82.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Procedimentos Especiais. 50.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016, vol. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 38, n. 224, p. 121-152, out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Publicinterestlitigationandco-participative judicial enforcementpublic policies. *Civil Procedure Review*, v. 5, p. 20-58, 2014. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=92&embedded=true>. Acesso em 10 ago. 2018

THEODORO JR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA Alexandre Melo Franco; PEDRON, FlávioQuinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, vol. 248, 2015.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de Processo*, vol. 34, 1984.

WATANABE, Kazuo (et al.) (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 193-227.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / GRINOVER, Ada Pellegrini et.al.*8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

A tutela do ambiente e o problema do controle jurisdicional de políticas públicas: entre o ativismo e o passivismo

Ariadne Elloise Coelho¹
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro²

1 Introdução

A implementação dos direitos fundamentais, que demandam um comportamento positivo do Estado, sofre constantes boicotes dos poderes ordinariamente competentes, os quais desrespeitam a Constituição da República de 1988. E o meio ambiente ecologicamente equilibrado, caracterizado como um direito fundamental e dotado constitucionalmente de tutela, inclui-se nas omissões do Poder Público.

A dúvida é se, nesse contexto, é devida a intromissão do Judiciário para fazer colmatar a abstenção governamental e viabilizar a fruição plena dos direitos fundamentais socioambientais, e em qual (is) medida (s), eis que não há um

¹ Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Ciências Penais pela Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – IEC PUC Minas. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Endereço postal: Rua Francisco Dias Menezes, 93, Xangrilá, Contagem/MG. CEP 32186-230. Email: ariadne_elloise@hotmail.com

² Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Messina/IT. Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFG. Professor da graduação e do Programa de mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG. Endereço postal: Rua General Dionísio Cerqueira, 147/302, Gutierrez, Belo Horizonte/MG. Email: lgribeiroh@gmail.com

debate aprofundado sobre a temática e a consolidação de pressupostos para a sua admissibilidade.

É que, ante a contumaz inércia do aparelho estatal, o apelo ao Judiciário tem só aumentado, esfera de poder cuja atuação passa a ser questionada em virtude de interesses puramente políticos, carecedores da legitimidade democrática, jurídica e processual.

A exposição das ideias é inaugurada com apontamentos sobre o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de todos, merecedor de proteção constitucional, com dimensões negativas e positivas. Também é explicitado que a fruição desse direito exige medidas implementadoras pelo Poder Público, muitas vezes negligenciadas por escusas orçamentárias.

Em continuidade, faz-se exposição sobre o controle judicial de políticas públicas, diante da inércia dos demais poderes, o que resulta em criação jurisprudencial do direito, com realce das principais discussões envolvendo a legitimidade da atuação, o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de abrangência dos conteúdos socioambientais.

Por último, é feita uma reflexão sobre a importância dos riscos ambientais e a necessidade de compatibilização dessa proteção à luz da judicialização de políticas públicas, balizada por um poder corretivo e imparcial, sem correspondência com os extremos.

Pormenorizam-se conceitos e argumentos defendidos como apropriados para uma decisão judicial correta, na perspectiva da Constituição de 1988, bem como as dificuldades e desdobramentos que a matéria proporciona.

As conclusões e posicionamentos reproduzidos resultaram de uma pesquisa ligada à vertente jurídico-teórica, a partir do levantamento da produção normativa e doutrinária pertinente, com amparo no raciocínio lógico-dedutivo em que se tem a necessidade de tutela estatal do ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que em última instância pelo Judiciário.

Espera-se que esta pesquisa possa contribuir com o debate a respeito da efetivação dos direitos socioambientais mediante a representatividade judicial, mormente diante de argumentos jurídico-democráticos, inclusive fomentando a efetiva consideração sobre a legitimação e devida intervenção do Judiciário brasileiro.

2 Meio ambiente e um “novo” modo de pensar os direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou a questão ambiental a um patamar de proteção necessária à sadia qualidade de vida, incluindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, como um direito fundamental já reconhecido internacionalmente na expressão de direitos humanos³.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorilo (2014, p. 47), a Constituição revestiu a tutela do meio ambiente de novas características, ligadas aos direitos difusos, conceituados no artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990).

De acordo com o autor, “os grandes temas de conflitos de interesses estão adaptados não mais a situações iminentemente individuais, mas sim a conflitos coletivos” (FIORILLO, 2014, p. 37). O meio ambiente transcende o interesse individual, pois é uma preocupação e necessidade de todos.

De fato, o meio ambiente foi identificado como direito fundamental de terceira dimensão, em razão de seu caráter transindividual, na Conferência de Estocolmo de 1972 (THOMÉ, 2014, p. 122), como parte de um movimento construído após a

³ Segue-se, aqui, o entendimento abordado por Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 311) de que os direitos humanos são aqueles reconhecidos na esfera do direito internacional; enquanto os direitos fundamentais são os positivados pelo direito constitucional interno de cada país.

ocorrência de diversas tragédias ambientais no mundo e as intensificadas discussões sobre o tema (COSTA, 2010, p. 35).

A respeito das classificações dos direitos fundamentais no constitucionalismo, Bernardo Gonçalves Fernandes (2013) explica que os direitos são agrupados em gerações de direitos por meio de um processo histórico da tríade liberdade-igualdade-fraternidade empregada nas revoluções burguesas:

Por isso mesmo, os **direitos de primeira geração (ou dimensão para alguns)** seriam chamados também de **direitos de liberdade**: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção. [...]. No curso do século XX, tem-se o surgimento dos **direitos de segunda geração(dimensão)**. São eles: direitos sociais, culturais e econômicos. Os mesmos são chamados sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais. (...). No final do século XX, um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas teria sido um elemento importante para o pensar de uma nova geração de direitos fundamentais, uma **terceira geração de direitos (dimensão)**. Em uma leitura ainda mais expandida, enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade (ou segundo alguns, no da solidariedade). (FERNANDES, 2013, p. 315- 316). (grifos no original)

Tomando as lições do constitucionalista Paulo Bonavides, Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 316 a 317) ainda cita os direitos de quarta geração, tais como o direito à informação e os direitos relacionados à biotecnologia, bem como uma quinta geração de direitos, titularizada pela paz e/ou amor.

Critica-se o termo geração, eis que daria a ideia equivocada de substituição dos direitos antigos pelos surgidos posteriormente.

É válida a narrativa de Bernardo Gonçalves Fernandes sobre a questão:

Ora, uma leitura paradigmática (que defendemos) da questão nos mostra que tal ideia é falsa, afinal a cada “geração” não só assistimos à inserção de novos direitos, mas também a uma redefinição do sentido e do conteúdo dos direitos anteriormente fixados. Isto é, a o falar em uma segunda geração de direitos, é inevitável que voltemos olhares para os direitos de primeira geração e busquemos desenvolver uma leitura compatibilizada e harmonizada desses dois níveis. Assim, não há como imaginar que, por exemplo, a inclusão dos direitos sociais no texto constitucional não levou a uma rediscussão sobre os direitos de liberdade ou de propriedade (FERNANDES, 2013, p. 316).

Importante destacar certo consenso, já por algum tempo, de que os direitos fundamentais não se restringem aos estabelecidos no artigo 5º da Constituição de 1988, estando diluídos em outros títulos e capítulos, expressa ou implicitamente, até mesmo em razão da abertura concedida pelo §2º, do citado dispositivo, que, em redação clara, assim dispõe: “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” (THOMÉ, 2014, p. 123).

E a previsão do direito ao meio ambiente equilibrado tem seu núcleo fundante no artigo 225 da Constituição de 1988, o qual prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, mas é referenciado em tantos outros dispositivos do texto constitucional (SILVA, 2013, p. 50-53).

Em geral, prevalece o entendimento de que o meio ambiente alcançou um patamar de direito fundamental, eis que imprescindível ao bem-estar humano e à fruição dos demais direitos fundamentais, pelas presentes e futuras gerações.

Rafaela Luiza Pontalti Giongo (2010, p. 87) aduz que o meio ambiente é direito fundamental na medida em que a sua proteção visa “uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, mas também das futuras gerações, caracterizando-se assim como um direito transindividual e transgeracional”.

Beatriz Souza Costa(2010) apresenta interessante trabalho ao erigir o meio ambiente como o próprio direito à vida, pois é o primeiro que confere ao último a dignidade e, portanto, o pleno desenvolvimento:

Dessa forma, o art. 5º, *caput*, consagra o direito à vida e o art. 225 protege essa vida antes que ela venha a ser concebida [...]. Como já foi comprovado alhures, o artigo supracitado é direito fundamental subjetivo, e o meio ambiente é um direito à vida que será reconhecido. [...] Nesse diapasão, é confortável afirmar neste trabalho que a proteção do direito a vida está garantido, sim, com “Vida antes da Vida”. Ou melhor, o direito e proteção dos não nascidos está garantido na própria Constituição brasileira, quando expõe, em seu art. 225, o direito das gerações futuras. Portanto, não se pode esquecer de que um elemento importantíssimo nessa teoria é a solidariedade humana, explanada neste trabalho. [...] Evidencia-se, no artigo 225, um meio ambiente ecologicamente equilibrado que é essencial à sadia qualidade de vida. Qualidade de vida que deve ser compreendida como viver bem, de forma digna, em local fora de risco para a vida humana. [...] É correto afirmar que o direito à vida condiciona todos os demais direitos, mas o acesso a esse direito de defesa está intimamente ligado ao meio ambiente, que deve ser protegido de riscos ambientais sérios `avida. O meio ambiente também deve ser protegido como o direito de defesa da vida, ou melhor, como o local fundamental do desenvolvimento da personalidade humana. (COSTA, 2010, p. 95).

Constata-se, portanto, que a proteção ao meio ambiente é que irá garantir a permanência da existência humana, e uma existência pautada necessariamente na sadia qualidade de vida, motivo pelo qual as normas sobre direito ambiental precisam ser respeitadas (COSTA; REIS; OLIVEIRA, 2016, p. 139).

E, para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro exige do Poder Público (e também da coletividade) ações tanto positivas quanto negativas. Isso porque o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado engloba tanto características individuais (primeira geração) quanto coletivas (segunda geração), classificando-se como direito de terceira geração (THOMÉ, 2014, p. 133).

Na verdade, já surge uma tentativa, ainda que tímida, de difundir a dupla dimensão, positiva e negativa, de todos os direitos fundamentais, isto é, todos eles, mesmo que somente os direitos de primeira geração, “(...) possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção, `custam recursos do erário`.” (CRUZ, 2007, p. 335).

O professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz esclarece, neste sentido, como importante o entendimento da relação de reciprocidade e complementariedade entre as relações negativas e positivas dos direitos fundamentais, que somente são separadas no discurso acadêmico no intuito de facilitar o aprendizado:

Dito de outro modo, não há como se pretender apartar os direitos individuais dos direitos sociais, como, por exemplo, na discussão da extensão das cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, §4º, inciso IV). De modo metafórico, é possível estudar de forma apartada os sistemas circulatório e respiratório do homem, mas, na prática, eles não podem subsistir um sem o outro. (CRUZ, 2007, p. 336-337).

Por certo que o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental não é mais o dilema, mas sim toda a problemática em torno da implementação dos direitos fundamentais, os sociais e, foco do presente estudo, os socioambientais, na medida em que são necessários recursos financeiros.

O Poder Público tem o dever, como explicitado algures, de efetivar os direitos fundamentais ambientais e o faz, sobretudo,

por meio de políticas públicas. No entanto, como resolver a violação desses direitos fundamentais ante a omissão estatal na concretização das políticas públicas?

3 Controle jurisdicional de políticas públicas socioambientais

A atuação estatal se efetiva por meio de instrumentos diversos com vistas à concretização das políticas públicas (THOMÉ, 2014, p. 159), inclusive por meio de cooperação com entidades não estatais e a própria iniciativa privada. Não obstante isso, o estado ainda constitui o principal ator social responsável por implementar os direitos, valendo-se, principalmente, das normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário).

O mandamento constitucional impõe ao Poder Público o dever de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988). A implementação desse dever, por meio de políticas públicas, incumbe, normalmente, aos Poderes Legislativo e Executivo, os quais elaboram e executam as atividades tendentes à consecução dos fins do Estado, o que não exclui a intervenção – quando necessária – do Poder Judiciário (THOMÉ, 2014, p. 211).

A Constituição de 1988 consagrou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º, dentre os quais se destacam aqueles previstos nos incisos I e III: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988). Com efeito, exigem políticas sociais, como nas áreas da saúde, educação e meio ambiente sadio, passíveis de desrespeito pelo Legislativo e Executivo.

Para que esses objetivos do Estado brasileiro sejam atingidos, faz-se essencial a atuação de todas as formas de expressão do poder estatal, tidas como instrumentos para a obtenção dos seus fins. Com efeito, para Ada Pellegrini Grinover:

[...] no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (GRINOVER, 2013, p. 129).

É defensável, então, a legitimidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário na hipótese de conflitos concernentes às violações de direitos fundamentais decorrentes da inoperância ou irregularidade dos Poderes Legislativo e Executivo.

E o próprio Judiciário tem entendido dessa forma em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal - RTJ 174/687; RTJ 175/1212-1213; RTJ 199/1219-1220; AI 583.136/SC; RE 503.658/SC; ADPF 45/DF. Transcreve-se, por oportuno, manifestação da Ministra Carmen Lúcia sobre o assunto:

Ao contrário do que decidido pelo Tribunal 'a quo', no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República **impõe aos órgãos estatais competentes - no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas.** Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento.

[...]

É **competência do Poder Judiciário**, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, **julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais.**

[...]

Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de

violência, de crueldade ou a de opressão, **situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia**. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pendente discussão, sendo o seu cumprimento incontornável.

10. Reitere-se que a proteção **contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público**, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança. (grifos nossos) (AI 583.136/SC).

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal não ignora a necessidade de compatibilizar a implementação de políticas públicas pelo Judiciário com alguns requisitos, como o limite orçamentário estatal, o que também não poderá servir de artifício perpétuo e arbitrário para frustrar o cumprimento de obrigações constitucionais fundadas no mínimo existencial.

Caso contrário, o caráter programático de determinadas normas constitucionais servirá de muleta e abstenção injustificada do Poder Público, posto sob o falso argumento de serem desprovidas de eficácia jurídica, tornando-se mera promessa.

O ministro Celso de Melo, nas oportunidades em que teve de julgar o tema, reafirmou o dever institucional do Judiciário de agir positivamente diante da ofensa constitucional dos demais poderes, sob pena de também infringir a autoridade da Lei suprema ao se quedar inerte em função de conceitos ultrapassados de jurisdição.

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental**. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham

consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

A **omissão do Estado** - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, **o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.** (Grifos nossos) (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

E:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, ainda que em bases excepcionais, **especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes**, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (grifos nossos).

A possibilidade de judicialização de políticas públicas, no entanto, é ainda tema bastante controverso na doutrina e recheado de críticas sobre aspectos parcelares, mas de suma importância,

condizentes à interferência na discricionariedade administrativa; ao déficit orçamentário estatal e à deturpação da teoria da separação dos poderes.

No entanto, nota-se que a discricionariedade também é objeto de revisão judicial no que concerne à extrapolação legal e a ofensa aos demais princípios constitucionais, como a impessoalidade e moralidade (THOMÉ, 2014, p. 219). Aliás, a Lei da Ação Popular já previu análise do mérito administrativo pelo Judiciário apenas com a lesividade, dispensando o requisito da ilegalidade (BRASIL, 1965); e a Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso LXXIII) confirmou a apreciação do mérito administrativo no ato lesivo à moralidade administrativa (BRASIL, 1988).

Álvaro Ricardo alerta que a omissão na implementação dos direitos sociais vem comumente ligada ao equivocado discurso liberal de que os direitos sociais, ao contrário dos individuais, sofrem pela falta de recursos públicos; mas a efetivação de direitos individuais também requisita dinheiro, como a manutenção das forças policiais na segurança das pessoas (CRUZ, 2007, p. 335-336).

Para o autor, “por detrás desse discurso, presencia-se no país uma violenta exclusão de cidadania das pessoas mais desfavorecidas, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral (...)” (CRUZ, 2007, p. 334-335).

Na visão de Ada Pellegrini, imprescindível a mudança de paradigma, com adequação da realidade (fática e jurídica) brasileira ao Estado Democrático de Direito, incluindo o Poder Judiciário como coautor na consecução dos objetivos do Estado. (GRINOVER, 2013, p. 128-129). Claro que ainda permanecem dúvidas quanto ao limite dessa atuação, no que se inserem a razoabilidade e reserva do possível, as ações próprias ao controle e o indefinido e polêmico mínimo existencial (GRINOVER, 2013, p. 132).

Além de envolver direitos tanto individuais como sociais, conforme explicitado algures, Romeu Thomé defende a

intervenção do Judiciário com base na proibição do retrocesso socioambiental. Segundo ele, pretende-se que o legislador e/ou o administrador público, no exercício de suas atribuições, “seja sempre conduzido pelo objetivo de não suprimir ou reduzir o grau de intensidade normativa que os direitos socioambientais já tenham alcançado” (THOMÉ, 2014, p. 206), e, caso isso ocorra, contrariando a norma constitucional protetiva, caberá ao Judiciário restaurar “[...] a normatividade constitucional e a correção de disfuncionalidades do sistema de representação política”. (THOMÉ, 2014, p. 206-210).

Dessa forma, no contexto contemporâneo, o Poder Judiciário desponta com a importante missão, embora *a posteriori* e corretiva, de tutelar os direitos e deveres socioambientais, sem que essa moderna e árdua tarefa se transmude em decisões descuidadas e tiranas.

4 Entre o ativismo tirano e o passivismo judicial

Sem dúvida, a maior preocupação por trás das críticas feitas à possibilidade de o Judiciário implementar políticas públicas, via decisão substitutiva da conveniente omissão dos poderes estatais frente às suas obrigações constitucionais, é a de que haja uma verdadeira tirania judicial.

É o medo apresentado por Lenio Streck, embora em estudo mais amplo do abordado neste trabalho, de que ocorra apenas uma troca do juiz “boca da lei” por um que se torna a “boca que pronuncia o discurso (prévio) de fundamentação”. (STRECK, 2006, p. 247).

Há hoje uma ideia de que o Judiciário é o grande guardião da moralidade. Tanto que impera uma crise de representatividade e responsabilidade nos outros poderes, em que o legislativo e executivo deixam matérias relativas à proteção dos direitos fundamentais e de grupos vulneráveis para resolução judicial. O

perigo disso é a utilização das decisões judiciais como programas de ação política e instrumentos de governo.

O problema todo é que as decisões têm sido políticas e não jurídicas. Afinal, será que o Direito tem sido utilizado legitimamente, adequado aos anseios sociais (e ambientais) ou têm prevalecido interesses espúrios? E mais, “validados” por um funcionalismo classista, moralista e preconceituoso, que encontra no ativismo (arbítrio) judicial o melhor desafio para os seus vícios.

Prepondera entre os juristas (profissionais do direito), de forma geral, uma tomada de decisão confortável, partindo-se da análise superficial da situação e de premissas equivocadas: ou entende-se, de antemão, que existe conflito entre dois únicos princípios, desconsiderando a integridade do direito e demais princípios envolvidos; ou já se tem uma pré-concepção sobre o tema, e busca-se por argumentos que justifiquem a opção pré-formulada (decisões pareceristas).

Ada Pellegrini aponta a superação de dogmas liberais como o da superioridade da atividade legislativa e o da representação do juiz à simples *la bouche de la loi*. (GRINOVER, 2013, p. 128). No Estado Democrático de Direito, não se pode permitir a prevalência arbitrária de nenhum dos poderes, que devem ser constantemente (re) equilibrados em suas funções. Retroceder na história não é uma hipótese.

O ideal democrático está configurado na vontade popular, com participação, direta ou indiretamente, na formulação de normas, impostas ao próprio Estado (artigo 1º da Constituição de 1988), que deve (ou deveria) servir como paradigma de “práticas jurídicas contemporâneas”, com a observância da Constituição e a participação da sociedade em todo o processo e formulação das decisões. (FERNANDES, 2013, p. 288-289).

No caso do Judiciário, a legitimidade democrática na decisão de política pública “decorre da participação igualitária das partes no processo mediante o contraditório, bem como do conteúdo de

direitos fundamentais do qual se revestem as políticas públicas, o que autoriza sua judicialização.” (ZUFELATO, 2013, p. 313).

Ora, a garantia de que lesão ou ameaça a direito seja apreciada pelo Judiciário também constitui um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXV) (BRASIL, 1988), assim como o é a melhor resposta no curso do andamento processual recebida pelo cidadão (CRUZ, 2007, p. 241).

Por tudo que se evidenciou, diante de condutas ofensivas aos ditames constitucionais, não faz sentido a adoção de pura passividade pelo Judiciário, eis que existiria uma dupla ofensa à sociedade: a omissão legislativa ou executiva, e uma omissão última, a judicial. Como proceder, então?

Trabalha-se a concepção de princípios de Ronald Dworkin, transportada para o ordenamento jurídico ocidental, em que o Direito possui caráter deontológico, devendo ser reconstruído argumentativamente em cada caso e decisão, com ponderação e não sobreposição (VILELA; FRANÇA, 2014, p. 125-126). É que o autor diferencia argumentos de princípio e argumentos de política:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (DWORKIN, 2002, p. 129)

Mais:

O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. [...] Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado. (DWORKIN, 1999, p. 292-293)

Assim, como esclarece Igor Suzano Machado (2016), segundo Dworkin, o trabalho dos juízes deve ser orientado “primordialmente por argumentos de princípio, enquanto legisladores e chefes do Poder Executivo, por mais que condicionados também por princípios, estariam livres para trabalhar com argumentos de política ainda não explicitados em lei” (MACHADO, 2016, p. 248).

A aplicação do Direito requer argumentos de princípio, do que é juridicamente devido, não se utilizando de argumentos de política, cuja decisão cabe ao legislador, representante de nossa sociedade.

Para Álvaro Ricardo, o ativismo “se caracteriza no instante em que o julgador arroga a si o direito de ponderar fins e meios de forma utilitarista, com emprego de argumentos pragmáticos, isso é, por meio de argumentos de política”. (CRUZ, 2007, p. 266). Ademais:

Por isso, visualizar somente a questão do déficit orçamentário é reduzir os direitos fundamentais aos argumentos de política, desprezando os argumentos de princípios, o que é inaceitável, homologando o que os Governantes querem, seja o que for. (CRUZ, 2007, p. 378). O que também não autoriza, por si só, fechar os olhos para as consequências de cada decisão, mas sem antecipação do discurso, e sim na perspectiva de uma construção democrática do *decisum*.

Álvaro Ricardo explica que há “[...] ameaça de uma ditadura judicial – e no sentido não apenas de uma ditadura de juízes, mas uma ditadura na qual os juízes dão um ‘verniz’ de legitimidade aos atos dos governantes sejam eles quais forem.” (CRUZ, 2007, p. 260). Para o autor, a saída é:

[...] a compreensão de um processo que ocorra dialogicamente, garantindo a participação das partes, do juiz, de peritos e seus assistentes e muitas vezes de terceiros, como nos casos de *amicuscúriae*, é fundamental. Aqui o conceito de uma comunidade de princípios de Dworkin ganha relevância, assim

como também a perspectiva que Hércules não representa a figura de um super juiz, mas indica a necessidade da construção discursiva do processo. (CRUZ, 2007, p. 357).

Portanto, acredita-se que o Judiciário possa cumprir seu dever institucional, desde que vinculado às noções de imparcialidade e igualdade, e diametralmente desvinculado de qualquer forma de ativismo ou de passivismo, ambos rejeitados no Estado Democrático de Direito.

E é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, norma suprema do ordenamento jurídico, que traça a base principiológica de direitos e garantias a serem observados, com as necessárias adaptações, por todos os microsistemas.

O direito ambiental também possui seus princípios próprios, os quais são aferidos perante a Constituição e todo o sistema jurídico. Fato é que o Judiciário deve atender aos postulados constitucionais ambientais, pois as decisões que dizem respeito ao meio ambiente podem balizar efeitos literalmente desastrosos.

É preciso que os aplicadores últimos do direito julguem com temperança diante de demandas envolvendo atos causadores (ou potencialmente causadores) de um desequilíbrio ambiental, pois o real alcance e proporção dos impactos são ainda desconhecidos à ciência humana. Sobretudo porque a balança na seara do meio ambiente tende constantemente para o crescimento econômico e não para a preservação ambiental e equidade social.

5 Considerações finais

O desenvolvimento histórico e social do homem permitiu o reconhecimento, ao longo de lutas e conquistas, de direitos fundamentais, essenciais a uma vida de qualidade, entre os quais se destacou o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tido como pressuposto para o exercício dos demais direitos.

A proteção constitucional conferida ao meio ambiente impõe obrigações ao Poder Público que, no entanto, vem se omitindo com frequência, inviabilizando a sua implementação, ou mesmo agindo de forma a prejudicar e causar desequilíbrios.

E a desculpa reiterada dos agentes políticos se esvai na justificativa quase automática de ausência ou dificuldade financeira diante do dever de efetivar direitos com viés social, isto é, que exigem prestações positivas.

Essas abstenções do Estado, ora pelo Poder Legislativo ora pelo Poder Executivo, traduzindo-se em ameaças ou lesões ao direito fundamental socioambiental, têm sido levadas ao judiciário em busca da concretização da garantia perseguida pelo constituinte.

Enquanto parte indissociável do Poder Público, o Judiciário possui o dever institucional de suprir esse encargo postergado indefinidamente pelos demais poderes, cuja legitimidade tem fundamento no resguardo dos próprios preceitos da Constituição.

A atuação judicial no âmbito de políticas públicas não ofende os postulados do Estado Democrático de Direito, antes os reforçam, eis que é a maneira de corrigir distorções (in) convenientes e (in) oportunas do estado e reestabelecer a integridade normativa.

O que não pode mais ocorrer (nunca pôde) é a intervenção arbitrária do judiciário, o que se vê acima do bem e do mau, e decide como governante e não jurista. A especificidade do meio ambiente, essencial à vida do homem e dos demais seres vivos, exige a tratativa séria das demandas reclamadas, com a utilização de argumentos de princípios e não de política.

O controle jurisdicional adequado de políticas públicas está entre o ativismo tirano e o passivismo inaceitável, e depende de uma reflexão e mudança do modo de pensar e decidir no país, com consciência e responsabilidade dos efeitos colaterais. Do contrário, coloca-se em xeque a democracia e, antes de tudo, a vida saudável e equilibrada.

6. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- BRASIL, Congresso Nacional. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Brasília: Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*, 5 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 5 abr.. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CHAMON JR., Lúcio. Paradigma e aplicação do direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: v. 39, n. 155, p. 77-91, julho/setembro de 2002.
- COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida*: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.
- COSTA, Beatriz Souza; REIS, Emilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís. *Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(em) debate*. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria o discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Forum, 2007.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal na “sociedade de risco*. Temas básicos da doutrina penal—sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 155-185.
- DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERNANDES, Gonçalves Bernardo. *Curso de direito constitucional*. 5ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FULGÊNCIO, Paulo Cesar. *Glossário VadeMecum: administração pública, ciências contábeis, direito, economia, meio ambiente*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jurgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. Vol. 5.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 243-265, set./ dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/860/524>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Rodrigo Fernandes das. *Ativismo judicial: objeções à intervenção do judiciário na formulação e execução de políticas públicas ambientais*. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-deprocuradores-de-estado/direito-ambiental/ATIVISMO%20JUDICIAL%20-%20OBJECOES%20A%20INTERVENCaO%20DO%20JUDICIARIO%20NA%20FORMULACaO%20E%20EXECUCaO%20DE%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 4 abr.. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THOMÉ, Romeu. *O princípio da edação do retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014.

VILELA, Bruna Luíza Capellini; FRANÇA, Verônica Maria Ramos do Nascimento. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin para solução de conflitos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: REIS, Émilien Villas Boas (ORG). *Entre a filosofia e o ambiente: bases filosóficas para o direito ambiental*. Belo Horizonte: 3i Editora, 2014.

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

A (in)eficácia da proteção ambiental a partir do enfoque processualista civil e as formas de sustentáculo do desenvolvimento sustentável

Graciele Dalla Libera¹

Cleide Calgaro²

1. Introdução

É sabido que o Direito Ambiental nasce como fruto de uma categoria de direitos difusos, permeado por inúmeras controvérsias que interessam grupos indetermináveis, sendo frequentemente apontado como a conflitualidade do objeto colide com interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, o que, por si só, além de clamar por uma nova ética social acerca da forma de tratamento do meio ambiente, reclama uma nova ótica processual.

Nesta esteira, em razão da crescente atenção que as diversas organizações, entes públicos e iniciativas privadas, vêm atribuindo

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e taxista da CAPES. É graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e integrante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica. Atualmente atua como advogada na cidade de Caxias do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Processual Civil, Direito Público, Direito Penal e Processual Penal e Direito Empresarial. CV: <http://lattes.cnpq.br/5854514992853646>. E-mail: gracieledl@gmail.com

² Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. É vice-líder do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

à problemática da (des)proteção do meio ambiente, o novo Código de Processo Civil destaca-se como carta de artigossorteadores do processo ambiental, em razão da lacuna de legislação infraconstitucional específica da matéria.

No entanto, o *códex* processualista civil é resultado de um desenvolvimento do direito liberal, fundado na proteção da propriedade privada e tendo por base litígios envolvendo particulares. Ele é baseado na legitimidade ordinária e na coisa julgada individual, logo, incapaz de responder satisfatoriamente aos direitos difusos, vez que impossível a quantificação individual de direitos.

No entanto, em que pese os esforços dos legisladores ao editar a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a saber, o novo Código de Processo Civil, visando ampliar a gama de possibilidades de proteção do ambiente através da via jurisdicional, o mesmo se mostrou ineficaz.

Um exemplo é o artigo 333 do projeto do CPC, que previa a possibilidade de converter uma ação individual em coletiva, onde o Magistrado poderia proceder à conversão quando a questão em exame fosse além do interesse restrito da pessoa que ingressou com a ação. Tal hipótese se enquadraria exatamente nos casos de uma questão de direito difuso ou coletivo, comumente atinentes ao meio ambiente. Contudo, o referido artigo foi vetado.

De outra banda, há que se ressaltar que ao lado da regulamentação das condutas por meio das normas de direito material foi necessária a criação de um microsistema processual capaz de conferir efetividade ao direito de ação, nas demandas transindividuais.

Sabe-se que o ordenamento vigente conta com um conjunto de medidas legalmente direcionadas à tutela dos interesses difusos. Cita-se, à título exemplificativo: as Leis nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), nº. 7.347/85 (Ação Civil Pública), Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), bem como, o próprio texto da atual Carta Magna, previsão expressa acerca da ação civil pública e do inquérito civil, ambos a

cargo do Ministério Público (art.129, III), sem excluir a legitimação de outros entes (§1º, do referido dispositivo). (RODRIGUES, 2011, p. 24/25)

A problemática surge quando se percebe que, apesar das diversas legislações acima elencadas, o Código de Processo Civil é utilizado como fonte subsidiária de norma de todas as cartilhas legais supra, posto que há evidente omissão legal acerca dos procedimentos jurisdicionais. Nesta senda, a ampla gama de leis infraconstitucionais específicas acaba por se socorrer no Código de Processo Civil quando vislumbram um vácuo procedimental e processual.

Tais apontamentos são de extrema relevância, vez que o modelo econômico atual se funda na extração irrestrita do meio ambiente natural, combinado com o acúmulo de resíduos, resultado do consumo exacerbado, além do total esvaziamento dos recursos naturais.

Em razão da extensão e gravidade dos danos ambientais, resultado do crescimento acelerado e irresponsável da sociedade industrial e pós-industrial, surge, em 1987, uma teoria que busca a harmonização entre a esfera social, econômica e ambiental, a saber, a teoria do desenvolvimento sustentável.

Os defensores da possibilidade de desenvolvimento sustentável frente ao modo de produção capitalista sustentam que o desenvolvimento sustentável é dividido em três principais pilares: social, econômico e ambiental. Na busca do desenvolvimento de forma sustentável, os agentes, públicos e privados, devem atuar de modo que os pilares coexistam e interajam entre si de forma plenamente harmoniosa.

Tal perspectiva se coaduna com as diretrizes e bases históricas do Código de Processo Civil, na medida em que enxerga não somente o indivíduo e o privado em detrimento do coletivo e do comum. A ideia de que se possa ter um desenvolvimento econômico, tecnológico e social harmonioso com a preservação ambiental é evadido de incoerências e incongruências, como será abordado no presente trabalho.

De tal modo, pensar na proteção do meio ambiente a partir de um modelo processual civil proveniente de um direito liberal, criado a partir e para litígios entre particulares, o qual é utilizado de modo deformado para se adequar a problemática ambiental, também soa incoerente e ineficaz.

Em síntese, o presente trabalho pretende abordar a conjuntura dos direitos à proteção do meio ambiente através da via jurisdicional processual civil, estudada sob a perspectiva do processo civil brasileiro. Nesta seara, imperioso destacar a teoria do desenvolvimento sustentável, sublinhando as contradições verificadas entre tal matriz de pensamento com a realidade posta da (in)eficácia da proteção processual resguardada ao meio ambiente.

Torna-se manifesta a necessidade de um debate crítico acerca da ausência de legislação específica processual que assegure a efetiva tutela jurisdicional, bem como, a deficiência de meios próprios firmados no ordenamento pátrio, no que tange a temática em tela.

Num primeiro momento será abordada a proteção normativa atribuída ao meio ambiente dentro da sistemática do processo civil brasileiro. Na sequência, será conceituada e abordada a teoria do desenvolvimento sustentável, estudada dentro do paradigma capitalista. Destas considerações, serão apontadas as contradições entre a (in)eficácia legislativa processual civil em assegurar a proteção ambiental em face da teoria do desenvolvimento sustentável, e questionar-se-á se tal ordenamento serve de sustentáculo para se mistificar o progresso econômico sustentável. Por fim, serão sugeridas algumas mudanças de paradigma, dentro do panorama legislativo, na empreitada de garantir a proteção ambiental.

Tecidas tais considerações, o presente trabalho também intenta tecer críticas às incoerências da teoria do desenvolvimento sustentável, destacando a prevalência do privado sobre o meio ambiente, que, parte, se sustenta através de uma legislação processual com raízes privadas, como é o nosso *códex* processualista civil

vigente. Para tal, foi utilizado o método analítico, tendo como base o estudo da literatura vigente acerca do tema proposto.

2. Proteção normativa ambiental na sistemática processual civil

Primeiramente, necessário caracterizar e compreender como o meio ambiente é assimilado pelo Direito brasileiro. Quando se estuda o meio ambiente, num primeiro momento depara-se com uma dificuldade em compreender que não se trata de um objeto determinável facilmente, visto que o mesmo se insere no rol de direitos difusos, na medida em que os danos causados prejudicam um conjunto indeterminável de indivíduos que se interligam pelas circunstâncias de fato que geraram o dano.

Nossa doutrina tradicional ensina a enxergar a relação jurídica englobando os dois principais atores: autor e réu. Tais personagens são claramente visíveis quando se tem uma relação jurídica entre duas partes, como por exemplo, indivíduo e indivíduo; indivíduo e instituição privada; indivíduo e Estado; privado e público, dentre outros.

Deste modo, a dificuldade surge quando não se consegue definir e delimitar o objeto que se pretende defender, na medida em que ele se coloca como transindividual, ou de natureza indivisível, no qual mais de uma pessoa é titular e onde um grupo de pessoas, determináveis ou não, estão ligadas por circunstâncias de fato. Estas características foram chamadas pela tradição jurídica como direitos de interesses difusos.

Cabe citar Hugo Nigro Mazzilli:

Difusos são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem vínculos jurídicos ou fático muito preciso. São como um *conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis por pontos conexos.* (MAZZILLI, 1997, p. 4).

O autor sublinha que o objeto de interesse deste tipo de direito é *indivisível*, portanto, neste grupo inclui-se o meio ambiente, na medida em que o direito e a pretensão a um ambiente hígido é compartilhado por um número indeterminado de pessoas, não podendo ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade(MAZZILI, 1997, p. 05).

Dito isto, percebe-se que a natureza difusa do meio ambiente se afasta da natureza individual, na esfera pública ou privada, em que foi codificado e cunhado o sistema tradicional processual brasileiro.

Como mencionado, é sabido que o ordenamento vigente conta com um conjunto de medidas legais totalmente direcionadas à tutela dos interesses difusos, como, por exemplo, as Leis nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), nº. 7.347/85 (Ação Civil Pública), Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), bem como, o próprio texto da atual Carta Magna, previsão expressa acerca da ação civil pública e do inquérito civil, ambos a cargo do Ministério Público (art. 129, III), sem excluir a legitimação de outros entes (§10, do referido dispositivo)(RODRIGUES, 2011, p. 24/25).

Vislumbra-se que a legislação ambiental é altamente esparsa, se constituindo de leis desconexas que visam a proteção material do meio ambiente e legislação processual emprestada de diversos códigos e normativas aleatórias, como a Ação Civil Pública e a sistemática processual civil, a fim de se “elaborar” uma forma procedimental judicial que vise a proteção litigiosa de questões que abarcam o direito ambiental.

A grande verdade é que existe um reconhecimento da doutrina como um todo de que a legislação ambiental é realmente muito esparsa e isso dificulta sobremaneira aos operadores do direito que lidam com o direito ambiental, cada vez mais e mais presente no cotidiano jurídico de todos os segmentos jurídicos. A grande questão é saber se, do ponto de vista ambiental, vale a pena correr o risco de se criar um Código que revogue a legislação

esparsa, nele concentrando toda a matéria ambiental, e, nessa toada, acabe por destruir inúmeras vitórias e conquistas ambientais – legislativas e jurisprudencial – alcançada ao longe de muitos anos. (RODRIGUES, 2011, p. 26).

O Código de Processo Civil tem aplicação supletiva e subsidiária no processo ambiental. A aplicação é supletiva quando não há no microsistema do processo coletivo disciplina para a matéria e tem aplicação subsidiária quando existe disciplina da matéria no microsistema do processo coletivo, mas essa disciplina é menos abrangente ou incompleta (DIDIER JR; ZANETI, 2016).

Tecidas tais considerações, em leitura simples, tanto do Código de Processo Civil de 1972, como do novo *códex* de 2015, percebe-se que a regra fundamental de direito processual civil foi montada num ideal individualista. Como assevera Rodrigues “a própria estrutura do Código de “dividir os processos em tipos diferentes”, [...] dá o sabor inconfundível de individualismo do Código”. (RODRIGUES, 2011, p. 67).

Rodrigues delinea de forma impecável a problemática criada pela lacuna de legislação processual ambiental e a tentativa de amoldar o processo cível na empreitada de proteção judicial da natureza:

Assim, quando se confrontam as técnicas processuais existentes no Código de processo Civil certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível, que interessa titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os uma, senão, apenas a fruição do mesmo e único bem, certamente o Código de Processo Civil, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes estão voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade *ad causam* e até a regra da coisa julgada *inter partes*. (RODRIGUES, 2011, p. 67).

O microsistema processual coletivo conta com um corpo geral de normas, dentre elas aquelas acima mencionadas, especialmente a Lei de Ação Civil Pública. Ocorre que, não se tratando de hipóteses especiais abarcada pela legislação especial, aplicar-se, subsidiariamente aos princípios do processo coletivo, os dispositivos do Código de Processo Civil.

Nesta esteira, frisa-se que diversos institutos fundamentais do processo civil clássico foram revisitados, utilizando-os como base para a edição das diversas legislações especiais que tratam do processo coletivo (RODRIGUES, 2011, p. 82).

Em suma, os pontos acima levantados nos evidenciam que se tem uma falha procedimental no sistema jurídico brasileiro, na medida em que o mesmo não foi capaz, até o momento, de elaborar ferramentas jurídicas que atribuam legitimidade e legalidade à norma ambiental concreta.

Torna-se imperioso que, ao estudar as técnicas e procedimentos processuais coletivas e de interesses difusos, como é o caso do meio ambiente, se inicie de uma concepção coletiva, e não individual e privada, como é o processo civil, para que se possa encontrar e criar soluções teóricas e práticas que assegurem através da legalidade a norma ambiental material.

Ademais, sublinha-se que é palpável o prejuízo que qualquer interesse difuso sofre quando lhe são aplicadas as normas processualistas civis, mas especialmente o instituto do direito ambiental.

Na relação estabelecida entre o causador de eventual dano ambiental e o próprio meio ambiente, enquanto o primeiro é perfeitamente identificável e protegido pelos princípios norteadores do processo civil, como ampla defesa e contraditório, o segundo é algo indeterminável, que dependerá da boa vontade dos legitimados legais a ingressarem judicialmente em sua defesa. Não bastasse isso, o meio ambiente já sai em desvantagem, posto que estará inserido em litígio onde as normas que guiarão o trâmite

legal são inteiramente evitadas de concepções individuais que visam proteger interesses privados.

De todo o exposto, se buscou apontar as severas lacunas que o ordenamento jurídico brasileiro contém em relação à proteção processual ambiental. Ao utilizar o Código de Processo Civil como supletivo e subsidiário em ação ou processo judicial de natureza difusa, especialmente relacionado ao meio ambiente, se vislumbra que o mesmo é ineficaz em assegurar o devido processo legal, na medida em que suas raízes individualistas e privadas estão em patamares diferentes de proteção em relação ao indivíduo e à natureza.

Portanto, é dentro desta perspectiva que se pode assimilar um viés onde o processo civil auxilia a dissimular a possibilidade de termos um desenvolvimento sustentável no seio do modo de produção capitalista. Isto é, enquanto se prega que pode-se balancear o progresso econômico face à proteção ecológica, em verdade, se depara com situações onde o progresso econômico, a saber, instituições de interesse privada, encontram proteção legal nos moldes civilistas da norma brasileira e, de outra banda, a ideia de sustentabilidade e proteção da natureza figura no polo adverso, contando com parca proteção legal e procedimental, com características individualistas e privadas, que vão de encontro com sua natureza difusa.

Assim, na seção a seguir se buscará apontar as incoerências da teoria do desenvolvimento sustentável, traçando paralelos com a sistemática processual civilista e a (im)possibilidade de termos, de fato, uma forma de crescimento econômico que assegure a proteção ambiental.

3. O desenvolvimento sustentável

A sociedade contemporânea depara-se com um colapso ambiental iminente. Em razão da extensão e gravidade dos danos ambientais, resultado do crescimento acelerado e irresponsável da sociedade industrial e pós-industrial.

A partir de década de setenta, especialmente no ano de 1972, quando tomou lugar na capital da Suécia, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente, esquentaram os debates acerca do *progresso* econômico sem medida. Na Conferência, conhecida como ECO72, emergiram as contradições ligadas ao desenvolvimento e ao meio ambiente. Bosselmann ilustra de maneira certas as principais ideias que permeavam aquela época:

O ano de 1972 marcou o ponto de partida. Naquele ano, o Clube de Roma publicou o seu relatório *Os Limites do Crescimento*, a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano ocorreu em Estocolmo e o United Nations Environment Programme (UNEP) foi estabelecido em Nairobi. O Clube de Roma viu o crescimento econômico em uma rota de conflito com a sustentabilidade ecológica; o sistema das Nações Unidas, entretanto, acreditava na conciliação entre os dois. (BOSELLEMAN, 2015, p. 45).

Importante destacar que o Clube de Roma, em meados da década de 60, elencou alguns pontos relevantes acerca da problemática do crescimento econômico desenfreado, lançando a obra “*Os limites do Crescimento*”, que, em síntese, se trata de um relatório que buscou trazer ao cerne do debate mundial as consequências do crescimento rápido da população mundial considerando os recursos naturais limitados (BOSELLEMAN, 2015, p. 45).

A respeito da temática suscitada pelo Clube de Roma e as consequências que os estudos desenvolvidos por aqueles intelectuais, o economista brasileiro Celso Furtado, ainda no ano de 1974, contestou tais ideias:

A importância do estudo feito para o Clube de Roma deriva exatamente do fato de que nele foi abandonado a hipótese de um sistema aberto no que concerne à fronteira dos recursos naturais. Não se encontra aí qualquer preocupação com respeito à crescente *dependência* dos países altamente industrializados vis-à-vis dos recursos naturais dos demais países, e muito menos

com as consequências para esses últimos do uso predatório pelos primeiros de tais recursos. A novidade está em que o sistema pôde ser fechado em escala planetária, numa primeira aproximação, no que concerne aos recursos não renováveis. Uma vez fechado o sistema, os autores do estudo se formularam a seguinte questão: que acontecerá com o *desenvolvimento econômico*, para o qual estão a concretizar-se, isto é, se as atuais formas de vida dos povos ricos chegam efetivamente a universalizar-se? A resposta a essa pergunta é clara, sem ambiguidades: se tal acontecesse, a pressão sobre os recursos não renováveis e a poluição do meio ambiente seria de tal ordem (ou, alternativamente, o custo do controle da poluição seria tão elevado) que o sistema econômico mundial entraria necessariamente em colapso. (FURTADO, 1974, p. 19).

Furtado (1974), naquela época, já questionava o que ocorreria com os recursos não renováveis e o próprio meio ambiente, se o desenvolvimento econômico continuasse a crescer na forma como se dá no modo de produção capitalista, e este se universalizasse, consolidando-se em países dominantes e periféricos. O autor responde tal pergunta categoricamente, asseverando que “o sistema econômico mundial entraria em colapso”.

Claramente, naquela época a preocupação primordial dos economistas e líderes mundiais ainda se limitava ao crescimento da economia, dentro da perspectiva capitalista, com a exploração dos recursos naturais e do acúmulo de riquezas. Dentro desta perspectiva, a ideia de que eventual finitude dos recursos naturais pudesse ameaçar o contínuo crescimento econômico, acompanhada da era de efervescência dos movimentos ambientalistas em meados dos anos 60, especialmente após o lançamento do livro *Primavera Silenciosa* (1962), de Rachel Carson, implantou-se no centro das discussões, centrada na problemática de como preservar os recursos naturais e o meio ambiente harmoniosamente com o desenvolvimento econômico capitalista.

É neste contexto que, posteriormente, surge em 1987 uma teoria que buscava a harmonização entre a seara social, econômica

e ambiental, a saber, a teoria do desenvolvimento sustentável, elaborada primordialmente no Relatório Brundtland.

O referido relatório traz dados sobre o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio. Ao final, elenca uma série de metas a serem seguidas pelos países de todo o mundo – que aderirem ao Relatório – com o fito de evitar o avanço das destruições ambientais e o desequilíbrio climático. Historicamente, esta foi a primeira tentativa de um desenvolvimento sustentável (BRUNDTLAND, 1991).

O conceito, elaborado e aperfeiçoado por diversos autores, determina que o desenvolvimento sustentável é dividido em três principais pilares: social, econômico e ambiental. Na busca do desenvolvimento de forma sustentável, busca-se um modelo econômico capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. Em outras palavras, o desenvolvimento sustentável é aquele que assegura o crescimento econômico, sem esgotar os recursos para o futuro, em que os agentes, públicos e privados, devem atuar de modo que os pilares coexistam e interajam entre si de forma plenamente harmoniosa (BRUNDTLAND, 1991).

Tal tese surge no âmbito de uma sociedade fundada no modo de produção de vida capitalista, que não mede esforços no contínuo, desregrado e insensato acúmulo de riquezas.

Bosselmann questiona como as necessidades humanas e os objetivos ambientais e de desenvolvimento podem ser exercidos conjuntamente (BOSELLEMAN, 2015, p. 51). O autor refere que:

Existem três grandes problemas com o modelo das duas escalas. Primeiro, porque pressupõe uma separação entre as esferas ambiental e de desenvolvimento que não existe na realidade. O desenvolvimento não é uma entidade estática, nem o meio ambiente. O objetivo real do desenvolvimento sustentável, trazer ambas as esferas em conjunto, não pode ser refletido em um modelo que visa o equilíbrio das duas entidades separadas. Em segundo lugar, a dimensão de tempo, tão essencial para a

sustentabilidade, está faltando no modelo preocupado com o equilíbrio presente. [...] Terceiro, a teoria da igual importância é tão ideologicamente tendenciosa. Ela reflete a equação liberal e neoliberal do desenvolvimento com crescimento econômico e prosperidade. Essa equação não é necessariamente relevante para todos os povos que vivem agora, por exemplo, no “Sul”, ou no futuro. (BOSELMANN, 2015, p. 51-52).

Em suma, nos parece que a teoria do desenvolvimento sustentável tem bases oscilantes e indeterminadas, partindo de conceitos abertos e não delimitados. Por isso, tal tese é ostensivamente criticada, tanto à época em que foi trazida à baila, como nos dias atuais.

Tecidas tais considerações, imperioso que se avalie a possibilidade de uma hipótese de desenvolvimento sustentável se amoldar ao sistema processual civil brasileiro ou se *códex* processualista cível, em verdade, serve de sustentáculo para mistificar o desenvolvimento sustentável.

4. O amparo processual cível na manutenção do privado sobre o comum

Como acima mencionado, não se tem hoje no ordenamento jurídico brasileiro normas processuais voltadas especificamente e concretamente ao processo coletivo na proteção e garantia de interesses difusos. O que se possui são regulamentações provenientes do processo privado *inter partes*, ajustadas para se adequarem ao processo coletivo e visando a proteção de direito difuso.

À título exemplificativo, cita-se a dificuldade de atribuir responsabilidade civil objetiva para a responsabilização do causador do dano ambiental independente de culpa. Souza afirmar que se pode vislumbrar uma classificação da responsabilidade objetiva em tipificada ou fechada e genérica ou aberta. Na primeira delas, o fundamento da responsabilidade civil objetiva deve ser encontrado em algum dispositivo legal contido no ordenamento

jurídico civil que preveja exatamente aquela situação vivida pela vítima que pretende a reparação do dano, nos termos do que estatui a primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. (SOUZA, 2010).

O autor cita como exemplo o dano ambiental que, faz emergir a responsabilidade objetiva típica ou fechada, na medida em que o art. 14, §1º da Lei 6.938/81 prevê a responsabilidade do poluidor independente de culpa por danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. (SOUZA, 2010).

Importante mencionar, no que tange a responsabilidade civil ambiental à inversão do ônus da prova consoante o Princípio da Precaução. O Princípio 15 da Declaração de Princípios do Rio “no caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a falta de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para adiar a adoção de medidas efetivas que visem prevenir a degradação do ambiente”. (BRASIL, DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Como já frisado, o meio ambiente apresenta características diferentes, vez que é considerado bem de uso comum do povo, incorpóreo, imaterial, autônomo e insuscetível de apropriação exclusiva, tratando-se, portanto, de direitos difusos.

É dentro desta perspectiva que o dano ao meio ambiente apresenta algumas especificidades em relação aos danos não ecológicos. Primeiro, sublinha-se que as consequências decorrentes da lesão ambiental são, via de regra, irreversíveis, podendo ter seus efeitos expandidos para além da delimitação territorial de um Estado. Segundo, porque a limitação de sua extensão e a quantificação do quantum reparatório é uma tarefa complexa e difícil, justamente em função do caráter difuso, transfronteiriço e irreversível dos danos ambientais.

A própria natureza difusa do meio ambiente dificulta que se determina um nexo de causalidade entre o causador e o dano, por isso se fala na inversão do ônus da prova. Nesta esteira, a responsabilidade civil na esfera do direito ambiental encontra óbice

em ser efetivamente aplicada em face do causador do dano. Atualmente, ela pode ser assim elencada: objetiva, fundamentada na teoria do risco integral, na inversão do ônus da prova e, também, no abrandamento da carga probatória do nexo de causalidade. (RODRIGUES, 2011, p. 199/200).

É de se dizer que, tendo o legislador adotado a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental (art. 225, § 3º, da CF/1988 e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), portanto, a teoria do risco, isso “faz com que os pressupostos do dever de indenizar sejam apenas o evento danoso e o nexo de causalidade”. Outrossim, sob uma perspectiva concreta, temos que se se trata de um nexo entre causa e efeito, deve-se então provar em juízo o efeito (dano), o nexo (liame) e a causa (atividade da pessoa). (RODRIGUES, 2011, p. 193).

Em suma, o que se percebe é a utilização da lógica processualista civil de causa e efeito, combinada com a necessidade de prova irrefutável do liame e nexo de causalidade, para que se possa ter atribuição de responsabilidade civil por dano. Contudo, quando se lida com direitos de interesses difusos, como é o caso do meio ambiente, tem-se uma dificuldade em fazer a prova do nexo de causalidade e, em tese, os princípios e normas vigentes de nosso ordenamento jurídico se orientam através do viés de que, por ser tratar justamente de interesse difuso, imperioso um abrandamento da prova do liame entre causa e efeito.

Ocorre que, em breve pesquisa das decisões judiciais recentes de nossos Tribunais, depara-se com uma realidade bastante diferente, em que a necessidade de efetiva prova do nexo de causalidade, característica assentada nos moldes do processo civil, se apresente necessária para atribuição de responsabilidade civil.

Citamos o Recurso Especial nº 1.602.106 – PR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 25 de outubro de 2017. O objeto da lide era a Ação indenizatória ajuizada por pescadores em desfavor de empresas de carga de produtos químicos onde era transportada pelo navio tanque Vicuñano momento de sua explosão, em

15/11/2004, no Porto de Paranaguá. Colaciona-se fragmentos da ementa da decisão:

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOÇÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO.

1. [...]

3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp nº 1.374.284/MG).

4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador.

5. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação.

6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, Documento: 76114982 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 22/11/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça só haveria falar em sua responsabilização - na condição de poluidora indireta - acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da

empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada.

7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência denexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).

8. Recursos especiais providos. (BRASIL, STJ, 2017).

A decisão acima, proveniente de recurso especial repetitivo, asseverou que, em que pese a reponsabilidade objetiva por dano ambiental, vez que lastreada pela teoria do risco integral, para a configuração do dever de indenizar os pescadores e a comunidade periférica que necessitava daquele rio para sobrevivência e pesca, imprescindível a efetiva demonstração da existência de nexode causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador, no caso, o navio que estava transportando produtos químicos e causou a explosão, contaminando as águas.

O Acórdão, aliás, firma a seguinte tese:

Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência denexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado). (BRASIL, STJ, 2017).

Ou seja, o que se depreende da decisão acima é a utilização sistêmica do Código de Processo Civil, em um caso onde o interesse difuso da coletividade foi violado. A base fundamental para se

entender pela não indenização aos pescadores e a comunidade que lá residia se limitou a não comprovação do nexo de causalidade, em que pese se tratar de interesse e dano difuso, o qual, aliás, devidamente demonstrado.

Este é apenas um dos inúmeros julgados em que a norma processual cível é empregada reiteradamente para justificar ou não a reparação de um dano ambiental.

O exemplo supracitado demonstra que, apesar da clara atividade nociva e de risco que o transporte de produtos químicos pelo rio Paranaguá agregava, a atividade era autorizada pelo Estado, que entendia como parte do desenvolvimento da região. No entanto, quando veio a ocorrer efetivo dano, a saber, a explosão do navio e contaminação da água, o Judiciário operou o Código de Processo Civil de maneira a eximir o causador de responder pelo estrago, por não estar *comprovado o nexo de causalidade*, apesar de tal atividade comercial estar abrangida pela teoria integral do risco.

5. Considerações finais: a necessidade de mudança do paradigma do ordenamento processual vigente

Tecidas as considerações acima, resta manifesta a urgência da necessidade de ocorrer uma mudança de paradigma processualista na seara ambiental. A utilização subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil em processos coletivos de interesses difusos claramente demonstra uma falha procedimental gravíssima, na medida em que sua natureza individualista e privatista vai de encontro ao caráter difuso e comum do direito ambiental *per se*. Tal falha foi precisamente apontada por Silva:

Outra questão a merecer consideração é a da necessidade de meios processuais específicos de defesa do ambiente – sejam eles principais, cautelares ou provisório – em cada uma das jurisdições constitucionalmente previstas, de forma a tornar mais eficaz a tutela ambiental. [...] não existem meios processuais específicos de defesa do ambiente, que obriga o aplicador do

direito a esforços de “esverdeamento” dos meios processuais genéricos, a fim de lograr uma adequada tutela dos direitos e dos bens jurídicos ambientais. (SILVA, 2002, p. 232/233).

O que se buscou enfatizar no presente trabalho, além da lacuna processual no que tange ao meio ambiente, foi também a prevalência do privado sobre o comum, sustentada pela teoria do desenvolvimento sustentável.

A perspectiva de que o causador de dano ambiental detém vasta normativa legal a seu favor, na medida em que o ordenamento tradicional foi elaborado baseado em relações dualistas determinadas, e, de outra banda o meio ambiente conta com legislações esparsas, suscita questões acerca da real proteção dada à natureza.

A prevalência do privado sobre o comum resta demonstrada na origem do procedimento, vez que a utilização subsidiária e supletiva do *códex* processual civil nos processos coletivos de interesses difusos privilegia o individual privatista, por ser imanente à sua concepção sistêmica.

Aliado à isso, o discurso do desenvolvimentos sustentável que visa a harmonia do meio ambiente com o progresso econômico se mostra uma falácia quando visto sob as lentes do processo civil, posto que o Código de Processo Civil possui características privadas e *inter partes* que lhe são intrínsecas, enquanto os interesses difusos ecológicos precisam ser vistos a partir de um olhar voltado ao processo coletivo, com elementos comuns.

Por isso, propõe-se a elaboração de dispositivos processualistas criados a partir dos princípios e particularidades inerentes ao meio ambiente. Necessita-se abandonar as concepções tradicionais de processo civil para que se possa desenvolver preceitos voltados a efetiva proteção ambiental. Um deles, talvez seja a edição de normas processuais específicas ambientais, que resultarão em um real processo ambiental de natureza coletiva.

6. Referências

- BRASIL. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 13 maio 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.602.106 – PR*. Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523412367/recurso-especial-resp-1602106-pr-2016-0137679-4/inteiro-teor-523412371>>. Acesso em 13 maio 2018.
- BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade*. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra. 1974.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.
- SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

Jurisdição ambiental coletiva

*Jeferson Dytz Marin*¹

*Carem Santos Paesi*²

1. Introdução

O Direito Ambiental reclama uma jurisdição efetiva. Os danos ao meio ambiente assumem proporções imensuráveis. Na sociedade em que vivemos, considerado o padrão de consumo que nos é imposto, em que tudo é descartável, bem como o padrão industrial de produção em grande escala, a especulação imobiliária, a exploração excessiva dos recursos minerais, pode-se afirmar que se acumulam danos invisíveis e irreversíveis ao meio ambiente. A natureza, outrora vista como fonte inesgotável de recursos, em uma visão antropológica, na qual era destinada a servir aos interesses do homem, mostra sinais de esgotamento. Ainda que se pudesse parar e mudar completamente o modo de vida da população mundial e a maneira de exploração dos recursos naturais, teríamos um passivo incalculável com a natureza.

A partir da concepção de que é de todos o direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que este meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, sendo também um bem de uso comum do povo, que deve ser preservado e defendido por todos, a fim de que possa ser usufruído

¹ Doutor em Direito – UNISINOS. Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito – UCS. Advogado.

² Mestre em Direito – UCS.

pelas atuais e futuras gerações, questiona-se qual o papel da atual jurisdição na proteção do bem ambiental. O sistema jurídico do civil law, de tradição romano-germânica, ao qual filia-se o ordenamento jurídico brasileiro, é capaz de garantir efetividade à tutela ambiental, garantindo a proteção integral ao meio ambiente³? O presente artigo analisa os contornos da jurisdição ambiental coletiva, bem como a distinção da tutela coletiva no *civil law* e no *common law*, chegando à atual formatação do Direito Processual Ambiental no Brasil, no intuito de levar a uma reflexão sobre as questões postas. O estudo do histórico legislativo brasileiro em cotejo com a análise do sistema jurídico anglo-saxônico tem a expectativa contribuir para a proteção do bem ambiental.

2. Os contornos da jurisdição ambiental coletiva

A jurisdição ambiental tem o nobre propósito de garantir a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente. A Constituição Federal, em seu art. 225 assegura a todos “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial e à sadia qualidade de vida”. Diante do atual cenário de degradação ambiental global pelo qual vive a sociedade hodierna, dentro da perspectiva do princípio da solidariedade, no qual incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, cabe a cada membro, como parte integrante desta coletividade, a responsabilidade pela tutela ambiental.

A fim de garantir maior efetividade na proteção do meio ambiente, é necessário recorrer a uma jurisdição livre das amarras privadas e individualistas do processo civil tradicional. É imprescindível buscar uma espécie de jurisdição capaz de garantir a efetividade na proteção dos direitos difusos e coletivos, direitos transindividuais, que ultrapassam a esfera do sujeito de direito

³ Recuperação do meio degradado somado à reparação pelo dano irreversível causado.

individualmente considerado para alcançá-lo como membro da coletividade. Assim nasce a jurisdição coletiva, com o propósito de garantir efetividade à tutela ambiental e assegurar a responsabilização pela prática de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

O presente artigo inicia com o estudo da jurisdição coletiva, a partir da influência do sistema inglês do *common law*, em cotejo com o sistema do *civil law*. Em um segundo momento, desenvolve-se o histórico do Direito Processual Coletivo no Brasil, finalizando com o estudo da atual formatação do Direito Processual Ambiental.

3. A influência e a necessária distinção da tutela coletiva no civil law e no common law

A proteção efetiva do meio ambiente requer uma mudança de paradigma que passa por aspectos de educação, educação ambiental, resgate dos padrões comportamentais éticos, garantia de condições mínimas de sobrevivência, a fim de que o homem não necessite esgotar o meio ambiente no intuito de garantir sua sobrevivência. Esgotados os meios não coercitivos na tentativa de proteção ambiental, e sendo eles inócuos ou insuficientes, surge a necessidade de buscar no direito, através da tutela jurisdicional os meios de coerção capazes de evitar, corrigir e reparar as condutas lesivas. A tutela coletiva, o processo coletivo surge como um instrumento processual aprimorado, idealizado para garantir a efetividade da proteção ambiental.

O tradicional processo civil brasileiro, de origem romano-germânico-canônica, fundado no pensamento racionalista, foi estruturado com o objetivo de solucionar as lides concretas entre sujeitos que recorrem ao Poder Judiciário a fim de buscar a satisfação de suas pretensões, de forma individual. Os conflitos tradicionais giravam em torno de demandas privadas, entre os jurisdicionados individualmente considerados, ou seja, pessoas físicas, jurídicas, e até mesmo o Estado como parte em um processo. O modelo tradicional de processo mostrou-se insuficiente

para tutelar os interesses difusos, no qual se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A tutela dos direitos de massa requer um sistema processual próprio, que possibilite a participação de todos os interessados e garanta meios efetivos de coerção, capazes de garantir a efetiva proteção desses direitos.

Acredita-se que a origem dos instrumentos do processo coletivo advenha da experiência inglesa, no sistema da *common law* (MENDES, 2014, p. 23). Para melhor compreensão do tema, necessária a diferenciação dos sistemas do *civil law*, adotado em no Brasil e do sistema inglês da *common law*.

O sistema jurídico do *common law*, “é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda (DAVID, 2002, p. 351)”. É um sistema de direito de natureza jurisprudencial cuja estrutura jurídica tem como base “os casos julgados, isto é, as decisões jurídicas já proferidas, cujas soluções empregadas se apresentam vinculantes, ou seja, tem de ser, obrigatoriamente observadas em julgamentos posteriores” (FISS, 2010, p. 98). Neste sistema “a segurança jurídica registra íntimo laço com o respeito à autoridade da decisão e à delimitação, no tempo, do término do processo, vinculando as partes” (MARIN, 2015, p. 134). As regras determinadas pelas decisões judiciais devem ser seguidas. Caso assim não ocorra, coloca-se em risco a certeza, comprometendo a própria existência do sistema do *common law*. “Enquanto no *common law* os precedentes é que são responsáveis pela asseguuração da segurança jurídica, gerando ordem e previsibilidade acentuada, no *civil law* é a legislação que tem esse papel (MARIN, 2015, p. 134)”. No *civil law* é o conjunto normativo, formado por leis editadas, votadas e promulgadas, segundo regras previamente definidas no processo legislativo que formam a estrutura do sistema e garantem a segurança jurídica tão cara à sociedade. Neste sistema jurídico, o julgador deve buscar na lei a solução para o caso concreto. A subsunção dos fatos à norma, é que formará a fundamentação para a decisão do julgador. A

jurisprudência deve desempenhar papel secundário, subsidiário e de integração da legislação. A exemplo do art. 8º da CLT, a jurisprudência deve ser utilizada quando não houver disposição legal. No entanto, o cenário jurídico atual vive um momento atípico, em que a jurisprudência vem ganhando espaço, a exemplo das súmulas vinculantes, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, e pelos órgãos administrativos das três esferas do Governo, por força do art. 103-A da Constituição Federal⁴.

No sistema *common law*, a segurança jurídica está alicerçada nos precedentes, na tradição jurisprudencial, pelo “passado que vincula o presente e que só poderá ser redirecionado a partir do decreto da Corte Suprema” (MARIN, 2015, p. 135). Neste sistema jurídico, o precedente “recebe ampla discussão a partir do debate que tem foco no caso concreto. Já no sistema romano-germânico-canônico a segurança jurídica também está externada na previsibilidade, mas distante da ideia do precedente, pois calcada na norma”(MARIN, 2015, p. 135).

A tutela ambiental reclama que se busque nos institutos estrangeiros, em suas mais variadas formas e sistemas, soluções para a efetividade dos meios coercitivos em prol do meio ambiente. Instituto interessante no que tange à efetividade é o instituto inglês do *Contempt of Court*. O *Contempt of Court* tem como característica conferir poder ao julgador. Confere ao juiz o poder discricionário de impor sanções e penalidades, a fim de garantir o cumprimento das decisões judiciais e o respeito à Corte. Visa manter a ordem e a disciplina do sistema jurídico. O *Contempt of Court* é um meio de coação que possibilita ao juiz o controle com relação ao cumprimento de uma decisão judicial. Imposta uma penalidade ou uma reparação civil em um determinado processo e, não cumprida a pena ou a sanção, sejam elas obrigações de fazer ou não fazer, sejam penas pecuniárias, cabe ao juiz, através do instituto do *Contempt of Court*

⁴ Artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04.

impor reprimendas independentes daquelas verificadas no processo original. Tais reprimendas são infligidas em face da falta de respeito para com o juiz e o Poder Judiciário, traduzida no descumprimento da ordem judicial. Segundo Lunelli, “o instituto está profundamente ligado à ideia de que a desobediência da ordem, emanada do Judiciário, é medida passível de reprovação, numa compreensão publicista da jurisdição, prestando-se também a valorizar a atividade jurisdicional” (LUNELLI, 2012, p. 156).

Lunelli, ao discorrer sobre a consideração das medidas coercitivas do *common law*, afirma que “uma das características do sistema inglês é a histórica distinção entre *common law* e a *equity* que acabou representando a solução para “*situazioni non tutelabili at law*” (TARUFFO, 1998, 152), fornecendo alternativas para essas situações não expressamente tipificadas (TARUFFO, 1998, 152)”.

O modelo de processo coletivo adotado no Brasil inspirou-se em muitos aspectos no sistema inglês da *common law*. “Desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem necessariamente participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses (VIGORITTI, 2014, L p. 23)”.

A partir da experiência inglesa, surge ação de classe (*class action*), em 1938, no sistema norte-americano, com a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure*. Em 1966, a *class action* passou por uma reforma, suprimindo vários pontos que dificultavam sua aplicação, tornando-se um procedimento de vanguarda para a época.

Neil Andrews (2001), em julho de 2000, realizou na University of Geneva, conferência intitulada “Debates Over Group Litigation in Comparative Perspectives”, destinada a comparar e contrastar a *class action*, ação de classes com o *multi-party proceedings*, versão Inglesa da *class action*. A referida conferência

foi realizada no intuito de estimular as discussões acerca dos dois institutos. O autor inicia a conferência afirmando: “The development of representative proceedings has been retarded by the court’s general inability, save in unusual situations, to award damages on behalf of a represented call of claimants”. Prossegue afirmando: “Group actions are different from class actions because each group litigant is a member of a procedural class as a party, rather than as a represented non-party”.

O processo coletivo surge, no Brasil, na década de 70, inspirado no *common law*, durante a primeira onda de reformas do sistema processual, como uma alternativa, um novo modo de ver o processo, a fim de atender aos chamados conflitos de massa, demandas coletivas, de grupo ou classe de pessoas, na defesa de interesses metaindividuais ou transindividuais. Interesses estes que transbordam o direito subjetivo das pessoas como sujeitos individuais e os visualizam como partícipes de um grupo, uma comunidade, uma coletividade, quando ameaçados por atos de lesão em grande escala.

A defesa do meio ambiente e a defesa dos consumidores em juízo foram os grandes motivadores para a busca de uma nova resposta processual. Tornava-se necessário buscar medidas processuais adequadas a garantir a tutela ambiental, tendo em vista o crescimento em escala geométrica dos grandes agentes poluidores e degradantes ao meio ambiente. No mesmo sentido, a necessidade de proteção em grande escala dos consumidores, a busca de novos contornos processuais capazes de garantir a defesa em juízo de direitos que ultrapassavam a esfera individual viabilizou a busca por uma nova concepção de jurisdição: “A jurisdição coletiva”.

2. Histórico do Direito Processual Coletivo no Brasil

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, “o estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos

70”. Segundo a referida autora, no Congresso de Pavia de 1974, discutiu-se os aspectos fundamentais dessa categoria de direitos, destacando-se com precisão as características que os distinguem:

[...] indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar de responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo (...) (GRINOVER, 2007, p. 792).

A autora prossegue afirmando que “tornou-se clara a dimensão social desses interesses”. Os interesses sociais coletivos são comuns a um conjunto de pessoas. São “interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas (GRINOVER, 2007, p. 793)”. São os chamados direitos fundamentais de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos direitos sociais. No âmbito do Direito Ambiental, encontram seu fundamento na ideia de justiça ambiental.

Surge, então, a necessidade de tutelar esses interesses. Não basta reconhecê-los. Deve-se garantir sua tutela para efetiva fruição de tais direitos pela sociedade. A garantia de tutela aos interesses coletivos passa pelo plano do direito processual. Nasce um modelo processual social coletivo inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, mas estruturando novas técnicas, compatíveis com a realidade social e política brasileira.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “o Direito Processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente imperativo (GRINOVER, 2007, p. 794)”.

A Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717/65 foi o primeiro diploma legislativo de tutela dos direitos coletivos inserto no ordenamento jurídico brasileiro. Foi editada na vigência da Constituição Federal de 1946, para proteção do patrimônio público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao comentar o instituto da ação popular afirma:

A ação popular foi a primeira que surgiu no direito brasileiro com características que a distinguem das demais ações judiciais; nestas, o autor pede a prestação jurisdicional para a defesa de um direito subjetivo próprio, sob pena de ser julgado carecedor da ação, por falta de interesse de agir. Na ação popular, o autor pede a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger (2009, p. 799).

Verifica-se, pois, que a Lei da Ação Popular, de 1965, foi o primeiro instrumento normativo a tutelar os direitos transindividuais, destinando-se exclusivamente à proteção do patrimônio público. Em 1977, porém, a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977 alterou a redação do artigo 1º, parágrafo 1º da Lei nº 4.717/65, considerando patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Esta alteração proporcionou a possibilidade de tutela dos mencionados bens e direitos, de natureza difusa, através do manejo da ação popular.

Posteriormente, a Lei Ambiental nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, legitimou o Ministério Público para interpor as ações de responsabilidade penal e civil pelos danos provocados ao meio ambiente.

Em 24 de julho de 1985, o legislador brasileiro, inspirado na *Loi Royer* francesa, de 1973, editou a Lei nº 7.347, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, destinada a reparar danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. Ressalte-se que o projeto aprovado no Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial

previa, no inciso IV do art. 1º, o âmbito da ação civil pública para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Este inciso, porém, recebeu o veto do Presidente da República, José Sarney. O veto foi mantido pelo Poder Legislativo. A Lei da Ação Civil Pública representou um marco do direito brasileiro, fornecendo importante instrumento processual para a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos. Segundo Zavascki, “mais do que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade” (ZAVASCKI, 2014, p. 30).

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição Federal que consagrou a tutela de vários direitos de natureza transindividual, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁵, o direito à manutenção do patrimônio cultural⁶, bem como a proteção ao consumidor⁷. A Constituição Federal também ampliou o âmbito de atuação da ação civil pública, tutelando “a proteção do patrimônio público e social” e “de outros interesses difusos e coletivos⁸” e alargou o âmbito da ação popular, que passou a tutelar vários direitos transindividuais⁹.

Em 24 de outubro de 1989, a Lei nº 7.853 instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência.

⁵ Art. 225, CF.

⁶ Art. 226, CF.

⁷ Art. 5º, XXXII, CF.

⁸ Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁹ Art. 5º, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Em 07 de dezembro de 1989, a Lei nº 7.913 dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.

Em 13 de julho de 1990, a Lei nº 8.069 dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Em 11 de setembro de 1990 ingressou no ordenamento jurídico pátrio o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 110 acrescentou ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, o inciso IV, que prevê a proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. O Código de Defesa do Consumidor restabelece o objetivo inicial previsto no anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública.

Em 20 de maio de 1993 entra em vigor a Lei Complementar nº 75, Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU. A partir de então, por força do artigo 83, inciso III deste diploma legal, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas passaram a admitir, a Ação Civil Pública na seara trabalhista¹⁰.

Em 1º de outubro de 2003, a Lei nº 10.741, denominada Estatuto do Idoso, disciplina a proteção integral do idoso, regulando os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

Observa-se que o âmbito de proteção aos direitos difusos vem se ampliando. O quadro legislativo que se apresenta demonstra a tendência de incentivar a utilização do chamado “processo coletivo”.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, afirmam que a tutela dos direitos coletivos representa a segunda onda do acesso à justiça. Na opinião dos autores, “o segundo grande movimento de esforço para melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim os chamados direitos coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados

¹⁰ Art. 83: Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Unidos, onde esse mais novo movimento de reforma é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970)” (CAPPELLETTI; GARTH, *apud* SCHIAVI, 2016, p. 1396). Os autores prosseguem discorrendo sobre uma verdadeira revolução que estaria se desenvolvendo no processo civil, pois como o centro de atenções nesta segunda onda de reformas se voltou para os direitos difusos, foram necessárias várias pesquisas sobre estruturas tradicionais básicas do processo civil e sobre a forma de atuação dos tribunais.

Para os autores, “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema¹¹”. E estes seriam apenas os primeiros entraves na defesa dos direitos difusos, outros aspectos processuais dificultavam a efetividade de proteção aos direitos transindividuais. As regras destinadas a aferir questões como a legitimidade das partes, bem como as normas de condução do processo pelos juízes não haviam sido pensadas de maneira a facilitar as ações envolvendo direitos difusos ajuizadas por particulares. A defesa dos interesses difusos fez surgir novas necessidades no âmbito desta espécie de jurisdição: o papel do juiz precisava modificar-se, assim como procedimentos básicos precisavam ser repensados: a “citação” e o “direito de ser ouvido” no processo precisavam ser adaptados a uma nova realidade, adequada a esta espécie de direitos. Em razão da inviabilidade do comparecimento em juízo, de todos os titulares de um determinado direito difuso, era necessário que houvesse um representante para agir em nome do grupo, sem a necessidade de que todos os titulares deste direito difuso fossem

¹¹*Idem.*

citados individualmente. O mesmo raciocínio deveria ser empregado com relação aos efeitos da decisão. A fim de se garantir efetividade, a decisão judicial prolatada nos autos do processo, em relação aos direitos difusos, deveria obrigar a todos os membros da coletividade, mesmo que, nem todos tenham tido a oportunidade de se manifestar no processo. A noção tradicional de coisa julgada, na defesa dos direitos transindividuais era insuficiente e ineficaz, eis que de alcance restrito, incompatível com a proteção do bem jurídico difuso. A noção de coisa julgada precisava de um novo alcance, a fim de garantir uma proteção judicial efetiva desta espécie de bens.

A versão norte americana dos processos coletivos encontra soluções para alguns destes problemas, a *class action*, possibilita que, em determinados casos, “uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está fundindo com uma concepção social, coletiva¹²”.

Percebe-se que os aspectos norteadores da estrutura de um processo coletivo, capazes de garantir efetividade na tutela dos direitos metaindividuais partem da mudança de paradigma principalmente quanto à legitimação ativa processual, que deveria permitir a atuação de grupos ou associações de pessoas, capazes de representar os interesses transindividuais ou difusos afetos à toda coletividade. O mesmo raciocínio valeria com relação à coisa julgada, que deveria estender-se a todos os membros desta coletividade, ainda que, nem todos tenham tido a oportunidade de se manifestar no processo.

O cenário legislativo brasileiro também contou com avanços. A ampliação da legitimação para agir nas demandas coletivas e a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos através

¹²*Idem.*

do processo coletivo representaram maior possibilidade de acesso às ações coletivas.

3. A atual formatação do Direito Processual Ambiental

Muito se avançou em termos de legislação processual coletiva se fizermos uma retrospectiva partindo do primeiro passo dado, representado pela Lei da Ação Popular. A proteção dos direitos coletivos, que remonta à edição da Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717/65 avançou para a atual redação da Lei nº 4.717/65, representando um grande progresso, tendo em vista que permite que qualquer cidadão pleiteie a anulação ou nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, ou seja, tutelam-se interesses que ultrapassam as questões individuais. A prova da cidadania, para ingresso em juízo é feita com o título eleitoral ou documento correspondente. Em 1981, a Lei Ambiental nº 6.938, de 31 de agosto, representou mais um avanço, eis que legitimou o Ministério Público para interpor as ações de responsabilidade penal e civil pelos danos provocados ao meio ambiente.

A fim de sistematizar a tutela dos direitos difusos, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública. Nasceu como o instrumento processual destinado a impedir, reprimir ou reparar danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, ampliou o âmbito de atuação da ação civil pública, tutelando “a proteção do patrimônio público e social” e “de outros interesses difusos e coletivos”¹³. Pode-se afirmar que se operou a constitucionalização dos direitos difusos e coletivos, mas foi o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, que ampliou o âmbito de abrangência da Lei nº 7.347/85 (LACP). O CDC

¹³ Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

acrescentou ao artigo 1º da LACP, o inciso IV, segundo o qual qualquer direito difuso ou coletivo passa a ser tutelado pela referida lei. O referido inciso “trata-se de *norma de encerramento*, que se aplica a todo e qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual tratado coletivamente” (NERY JUNIOR, 2009, p. 817). A Lei da Ação Civil Pública é, pois, aplicável a todos os ramos do direito e destinada à defesa dos interesses transindividuais. É possível nos referirmos, então a um “microssistema de processo civil coletivo” (BARBOSA JUNIOR, 2013, p. 126) ou subsistema de processo.

Ada Pellegrini Grinover, ao tratar da tutela processual coletiva assim a define:

As *ações coletivas*, de objeto indivisível e que tendem a uma sentença cujos efeitos atuam *erga omnes* (embora com algum temperamento), veiculam pretensões também coletivas, relativas à tutela de interesses difusos, coletivos s.s.¹⁴ (esses de objeto indivisível) ou *individuais homogêneos* (que são direitos subjetivos, divisíveis, que podem ser tratados coletiva e indivisivelmente, em razão da origem comum e de sua homogeneidade, na fase de conhecimento, mas que na fase de liquidação se titularizam e se dividem)” (GRINOVER, 2015, p. 20).

Observa-se que a tutela coletiva ingressou timidamente, no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei da Ação Popular, foi, porém, progressivamente, adquirindo relevo e força através da inserção de uma série de instrumentos normativos posteriores. Pode-se referir que o microssistema processual coletivo tem fundamento normativo na Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança, além da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil, este último aplicado de forma subsidiária.

O Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16.03.2015, previa em seu art. 333, a possibilidade de conversão de ações individuais em ações coletivas. No entanto, o referido dispositivo foi

¹⁴Stricto sensu.

vetado pela Presidência da República. A justificativa apontada para o veto foi: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”.

O atual sistema processual coletivo é, sem dúvida um grande avanço em termos de legislação. Trata-se de um sistema que busca romper com o paradigma dos Códigos, de tradição privatista. Não é, porém, um sistema processual pronto. Trata-se de um sistema em formação, que requer ainda muito estudo e soluções alternativas, a fim de que se alcance a efetiva tutela do meio ambiente.

Clóvis da Silveira propõe uma “reflexão crítica sobre as conquistas legais e jurisprudenciais e sobre as propostas de aprimoramento das tutelas coletivas já formalizadas em códigos-modelo, projetos e anteprojetos de lei” (SILVEIRA, 2013, p. 124). O autor entende que “os referidos modelos ainda não rompem completamente com determinados dogmas da teoria do direito e da teoria do processo, arquitetados pela modernidade: a visão do processo como mecanismo de solução de litígios, de vocação fundamentadamente adversativa e reativa; o imaginário de um “direito de danos”, racional, exclusivo (*inter partes*) e deduzido” (SILVEIRA, 2013, p. 124).

Exemplo que corrobora tal entendimento é o art. 10 do Projeto de Lei 5.139/09. Segundo o art. 10 do referido projeto, as ações coletivas de conhecimento seguem o rito ordinário do Código de Processo Civil. Este artigo, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública demonstram as amarras do novo microsistema coletivo aos antigos paradigmas privatistas dos quais, mesmo o novo Código de Processo Civil ainda é representante. Ainda estaríamos carecedores de um processo adequado à tutela dos interesses coletivos em sentido amplo.

Segundo Ada Grinover, “as estatísticas mostram que apesar da plena operatividade do minissistema das ações coletivas e dos esforços dos que a elas são legitimados (principalmente Ministério Público e Defensoria Pública e, em menor medida, as associações), os processos coletivos ainda são subutilizados no Brasil, havendo grande preponderância de ações individuais em relação às coletivas” (GRINOVER, 2015, p. 19).

Há um outro aspecto a ser considerado, que diz respeito à lógica do processo. O processo coletivo ainda é um processo em formação, a ação civil pública, com todos os avanços que representou, ainda é insuficiente para tutelar o bem ambiental. O risco de degradação ambiental que se apresenta no cenário atual exige a busca de soluções práticas, de cunho efetivo. Soluções estas, capazes de garantir a restauração do bem ambiental degradado, ou em vias de degradação, em especial quando se trata de grandes desastres ecológicos.

4. Considerações finais

O processo coletivo representa um avanço legislativo quando comparado ao processo civil tradicional, vinculado à noção privatista de proteção de direitos individuais, no entanto o processo coletivo ainda traz consigo as amarras do racionalismo. “A questão das mudanças climáticas, bem como a da biossegurança, do destino do lixo e a das fontes de energia, dentre outras, não pode ser solucionada segundo uma lógica processual adversarial, exclusiva (inter partes) e reativa” (SILVEIRA, 2013, p. 124).

A jurisdição ambiental coletiva ainda é um processo em formação, a meio caminho entre o direito privado e o direito público. A atual formatação do Direito Processual Ambiental mostra-se incapaz de suprir os anseios da sociedade no que diz respeito aos “novos direitos”, dentre eles o Direito Ambiental. Muito há a avançar eis que a processualística coletiva ainda necessita oferecer a proteção integral que o bem ambiental merece.

A atual sociedade vive um descompasso entre a norma ambiental e o processo destinado a tutelá-la. Desastres ambientais além de causar danos irreversíveis ao direito difuso do meio ambiente, provocam danos extrapatrimoniais, de difícil reparação, que atingem a esfera íntima de determinados grupos de pessoas. A implementação de ações preventivas no âmbito jurisdicional deve ser incentivada em grande escala. A sociedade anseia pela reparação integral do dano ambiental, incluindo a reparação específica, a compensação financeira pela parcela irreversível do dano ambiental, bem como os danos morais. A reparação pelo dano ambiental deve ser exemplar, contemplando o caráter pedagógico da condenação, a ponto de levar os potenciais poluidores a refletirem sobre formas de evitar os danos. Institutos como o *Contempt of Court*, utilizados no sistema *common law* podem servir de parâmetro para que busque alternativas de reparação integral e efetiva, bem como a valorização da jurisdição. O princípio da prevenção e o princípio da precaução devem pautar a sociedade, o Poder Público e os julgadores.

5.Referências

ANDREWS, Neil. Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions. *Duke Journal of Comparative & International Law*.(Vol. 11: 249-267, 2001).

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*.Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011 (2ª Reimpressão - 2016).

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos Morais no Direito do Trabalho - Identificação e composição dos danos morais trabalhistas*. 3.ed. revista e ampliada conforme a EC nº 45/2004, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. *VADE MECUM*: Legislação selecionada para OAB e Concursos/ coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio de Araújo Junior. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARPENA, Márcio Louzada. *RePro*. 180/195. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev.,2010.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo – Leitura Constitucional, Civil e Trabalhista: Estudo Jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2009.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14.ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013.

GOSSEMENT, Arnaud. *Le Principe de Précaution. Essai sur l'incidence scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*. Paris: L'Harmattan, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 7.ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

LEITE, José Rubens Morato (Coordenador); FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (organizadoras). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva: 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson. Direito Processual e Ação Condenatória: Uma Coexistência Possível na Busca de Efetividade?. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 26. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

LUNELLI, Carlos Alberto. Por um Novo Paradigma Processual nas Ações Destinadas à Proteção do Bem Ambiental: A Contribuição do *Contemp of Court*. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (organizadores). *Estado, Meio Ambiente e Jurisdição*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

- LUNELLI, Carlos Alberto. MARIN, Jeferson. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. In: *Revista de Processo*, Ano 34, n. 175. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24.ed., São Paulo : Malheiros, 2016.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica - Teses, monografias e artigos*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARIN, Jeferson Dytz Marin. (Coord.) *Jurisdição e Processo : Coisa Julgada (Notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil - v. IV*. Curitiba : Juruá Editora, 2013.
- MARIN, Jeferson Dytz Marin. *Relativização da Coisa Julgada e Inefetividade da Jurisdição : de acordo com a Lei 13.105 de 16.03.2015 - Novo Código de Processo Civil*. Curitiba : Juruá Editora, 2015.
- MARIN, Jeferson Dytz Marin. *Crise de Jurisdição e Decisionismo em Alexy: Prisioneiros da Liberdade*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme;ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento - 3.ed. revista, atualizada e ampliada da 2ª edição revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo - Fundamentos - Características - Conceituação - Forma e Procedimentos de reparação*. 2.ed., São Paulo: LTr, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 25.ed. atualizada e complementada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 9.ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MILARÉ, Edis (Coordenador). *Ação Civil Pública Após 30 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2.ed., revista, atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10.ed., revista, atualizada e ampliada até 1º de outubro de 2007 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Zoneamento Ambiental como Plataforma de Planejamento da Sustentabilidade*. Caxias do Sul: EducS, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016.
- SCHIAVI, Mauro. *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2009.
- STOCO, Rui. *Dano Moral ao Meio Ambiente, do Direito de Família e nas Relações de Trabalho*. Coleção doutrinas essenciais: dano moral; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *RePro*. 181/167. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar., 2010.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Litigância ambiental e desenvolvimento sustentável no Brasil, Estados Unidos e Canadá

Gabriel Wedy¹

1. Introdução

A concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas, no tocante à sua dimensão ambiental, necessita não apenas de políticas públicas sustentáveis, mas também de mecanismos processuais efetivos para a tutela do meio ambiente como bem jurídico autônomo, consoante o art. 225 da Constituição Federal de 1988. O Constituinte originário garantiu o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e a desenvolvimento sustentável; porém, além disso, fez constar no texto da Magna Carta deveres fundamentais de proteção ambiental que não vinculam apenas o Estado e as suas autarquias, mas todos os indivíduos.

Relevante é a análise comparativa entre o sistema legal brasileiro – que busca promover o desenvolvimento sustentável e a tutela jurisdicional do meio ambiente – e o sistema da *common law* adotado, entre outros países, pelos Estados Unidos e pelo Canadá, que

¹Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS, com estágio doutoral na *Columbia Law School*, *Visiting Scholar* pela *Columbia Law School* [*Sabin Center for Climate Change Law*]. Pesquisador Bolsista CAPES- CNPQ. Professor no Programa de Pós Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos [Unisinos] e Professor Coordenador da disciplina de Direito Ambiental na ESMAFE [Escola Superior da Magistratura Federal]. Articulista da Coluna Ambiente Jurídico da Revista Eletrônica Consultor Jurídico. É autor, entre outros, do livro *"Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas: um direito fundamental"* e de diversos artigos publicados em jornais, periódicos e revistas especializadas no Brasil e no exterior.

são rigorosos no reconhecimento do *standing* processual (direito da parte de apreciação do caso pelo Poder Judiciário). A investigação estará focada nas doutrinas brasileira, norte-americana e canadense; aprofundará, sobretudo, a análise dos precedentes jurisprudenciais mais relevantes dos três países, envolvendo casos que abordam o desenvolvimento sustentável sob a perspectiva ambiental, em especial no aspecto da legitimidade dos demandantes.

O objetivo é a identificação dos aspectos positivos e negativos do sistema legal que tutela, no aspecto jurisdicional, o ambiente e o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas no Brasil. Para tanto, faz-se necessária a análise dos precedentes dos Tribunais Superiores brasileiros, trazendo como pano de fundo, para fins comparativos, as decisões de casos pelas Cortes dos Estados Unidos e do Canadá.

2 Legitimidade da cidadania e das instituições na tutela jurisdicional do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável nos Estados Unidos

Ainda que muitos afirmem que o direito ambiental americano foi criado no âmbito do Congresso nos anos 1970, na verdade ele é o fruto do desenvolvimento de séculos de doutrinas da *common law*, as quais buscam ainda hoje a proteção das pessoas e da propriedade contra danos causados pela ação de outros. Notadamente a *common law* está fundada nas doutrinas do *nuisance* para resolver questões ambientais, embora condutas que resultem em invasão física das propriedades possam ser analisadas com base na doutrina do *trespass*. A doutrina da *nuisance* é aplicada para proteger o proprietário nos seus direitos de uso e gozo da terra, enquanto a doutrina do *trespass* protege a posse exclusiva da terra contra perturbações e invasões (PERCIVAL, 2013, p. 89).

Pode-se dizer que a complexa estrutura do direito ambiental norte-americano é composta pelas doutrinas da *common law* e por leis federais e estaduais que levam as agências a emitirem diversas

regulações e, ainda, a intermediarem acordos entre os Estados. Agências federais têm competência para julgar administrativamente, executar políticas públicas e regulamentar leis por delegação do Congresso, em determinadas circunstâncias, como decidido e firmado pela Suprema Corte no caso *Chevron*².

De acordo com Tarlock, o direito ambiental como definido hoje, nos Estados Unidos, é a síntese das regras da Era pré-ambiental da *common law*, de princípios de outras áreas do Direito e das leis da Era pós-ambiental aprovadas no Congresso, que são influenciadas pela aplicação de conceitos derivados dos campos da ecologia, da ética, da ciência e da economia (TARLOCK2004, p. 2013-254). Pode-se organizar a legislação ambiental mais relevante no sistema americano, cronologicamente, do seguinte modo:

- a) *National Environmental Policy Act* (NEPA): em vigor desde 1970, estabelece amplos objetivos para a política ambiental nacional e cria a exigência para que as agências federais providenciem avaliações de impactos ambientais quando as ações que puderem causá-los forem relevantes;
- b) *Clean Air Act*: as emendas do *Clean Air Act* de 1970 estabelecem uma moldura de regulações federais para a poluição do ar e substituem o *Clean Air Act* de 1963. Preveem um conjunto de prazos para a EPA promulgar *standards* de qualidade do ar a serem implementados pelos Estados e *standards* nacionais para poluentes do ar perigosos. Restou previsto na legislação o *citizen suit*, para que o cidadão tenha um instrumento processual de tutela da qualidade do ar. A lei foi emendada, em 1977, para exigir controles mais rigorosos nas regiões que falharam em obedecer aos *standards* nacionais de poluentes do ar perigosos, com o objetivo de combater o grave problema da chuva ácida, e, em 1990, quando foram procedidas substanciais mudanças na moldura para regulação federal da qualidade do ar;
- c) *Federal Water Pollution Control Act (Clean Water Act)*: aprovado em 1972, proíbe descargas de poluentes na superfície das águas, exige a utilização de tecnologia baseada em controles sobre as descargas e estabelece um programa nacional, o *National Pollutant Discharge*

² Sobre o caso *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, ver: FARBER; FREEMAN; CARLSON, 2006. p. 450-455.

Elimination System (NPDES), que deve ser implementado pelos Estados, sujeito a supervisão da EPA. Autoriza subsídios e concessões para a construção de usinas de tratamento de esgoto e também prevê *citizen suits* a fim de que os cidadãos possam promover a defesa da qualidade da água. Foi substancialmente emendada a legislação pelo *Clean Water Act Amendments*, de 1977, e pelo *Water Quality Act*, de 1987;

- d) *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)*: essa lei de controle de pesticidas emendou a legislação originária de 1947 e passou a exigir o registro dos pesticidas, além de autorizar a EPA a proibi-los quando perigosos. A legislação foi emendada no ano de 1988, pretendendo uma revisão mais célere dos pesticidas previamente registrados, e em 1996, com a aprovação do *Food Quality Protection Act*, passou a ser exigida mais rigorosa proteção contra resíduos desses pesticidas sobre a comida;
- e) *Marine Protection, Research, and Sanctuaries Act of 1972 (Ocean Dumping Act)*: aprovado em 1972, proíbe o despejo de resíduos no oceano, exceto com permissão e nos locais designados pela EPA;
- f) *Endangered Species Act (ESA)*: aprovada em 1973, essa lei proíbe as ações federais que coloquem em risco os *habitats* das espécies em risco de extinção e proíbe a apropriação de qualquer animal dessas espécies por qualquer pessoa;
- g) *Safe Drinking Water Act (SDWA)*: aprovado em 1974, exige que a EPA fixe os limites máximos permitidos de poluentes nos sistemas públicos da água de beber. Foi emendada, em 1996, a fim de exigir uma mais rápida promulgação de *standards* para flexibilizar os padrões já fixados;
- h) *Toxic Substances Control Act of 1976 (TSCA)*: confere à EPA abrangente autoridade para regular ou proibir a manufatura, a distribuição ou o uso de substâncias químicas que representam riscos não razoáveis. Exige a notificação da EPA antes da manipulação de novos produtos químicos ou de novos usos dos produtos químicos existentes;
- i) *Resource Conservation and Recovery Act of 1976 (RCRA)*: determina que a EPA estabeleça regulações garantindo a segura gestão de resíduos perigosos. A lei foi emendada pelo *Hazardous and Solid Waste Amendments (HSWA)* em 1984, o qual impõe novas tecnologias baseadas nos *standards* relativos aos aterros sanitários que possuem resíduos perigosos e aumentou a autoridade federal sobre o despejo de resíduos sólidos não perigosos;

- j) *Comprehensive Environmental Response, Compensations, and Liability Act of 1980 (CERCLA)*: estabelece o sistema de responsabilidade objetiva para liberação de substâncias perigosas e cria um superfundo destinado a financiar ações para a despoluição. Foi emendado em 1986 a fim de expandir o superfundo e impôs objetivos numéricos e prazos para a limpeza das zonas poluídas. Especifica *standards* e procedimentos a serem seguidos e determina o nível e o escopo das ações de limpeza;
- k) *Emergency Planing and Community Right-to-Know Act(EPCRA)*: aprovada em 1986, essa lei exige que as corporações e as companhias informem detalhadamente as autoridades locais a respeito do uso de qualquer substância tóxica e elaborem um relatório anual das quantidades das substâncias químicas liberadas no meio ambiente (PERCIVAL, 2013, p. 93-94).

Relevante doutrina norte-americana divide o direito ambiental nacional em seis etapas históricas: a Era da *common law* e da conservação (anterior a 1945); a Era da assistência federal aos problemas dos Estados (1945-1962); a Era do crescimento do moderno movimento ecológico (1962-1970); a Era da construção da infraestrutura federal regulatória (1970-1980); a Era da expansão e do refinamento das estratégias regulatórias (1980-1990); e a Era da atual fase do recuo e da reinvenção regulatória (PERCIVAL, 2013, p. 62). Tal evolução passa por séculos de construção do Direito com os precedentes e as evoluções doutrinárias da *common law*, pelo Estado keynesiano e assistencialista, pela conscientização da comunidade internacional sobre questões vinculadas ao desenvolvimento e à crise ambiental, pela era do neoliberalismo recente e sua derrocada e, evidentemente, pelos tempos atuais de busca da promoção do desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas.

A tutela do meio ambiente não é apenas promovida pelo Estado e pelas Agências Reguladoras, mas também pelos cidadãos, com o ajuizamento de ações judiciais. Existem vários requisitos para o reconhecimento do *standing* do demandante ambiental, os quais tornam a justiça nem sempre acessível a ele. O cidadão deve

ter legitimidade³ – *standing*, a ser analisado no caso em concreto – para impugnar ato ou omissão estatal ou de agência federal; deve exaurir a via administrativa antes da ação judicial; o caso deve estar instruído e pronto para ser julgado; e deve haver um dano atual ou futuro, não necessariamente econômico, que afete direitos individuais do demandante (WEINBERG, 2008, p. 5).

Existe vasta legislação estatal em matéria ambiental que autoriza qualquer cidadão, ou qualquer pessoa, a propor um *citizen suit* por violação à lei ou por desacordo com os *standards* na emissão de poluentes. Embora a previsão do *citizen suit*, no § 304 do *Clean Air Act*, sirva de modelo para a maioria dos *citizen suits*, é a previsão do *citizen suit* no *Clean Water Act* que tem embasado a maioria das demandas no direito ambiental norte-americano (DOREMUS, 2008, p. 863-875).

O *citizen suit* pode ser promovido contra o Estado, ente estatal ou agência que esteja violando um *standard* de efluentes, limitando o previsto na legislação de regulação ou, ainda, descumprindo ordem emitida por agência federal e pelo próprio Estado referente aos níveis de emissões. O *citizen suit* também pode ser promovido contra a agência federal quando existir falha no cumprimento de lei ou dever previsto no *Clean Water Act*.⁴

³ Consoante Kysar, a falha expressa da Constituição em abordar questões ambientais talvez seja em função de sua idade (1787). Isso faz com que os Estados Unidos estejam em um desajuste internacional. A maioria das Constituições no mundo (todas elas mais recentes) estabelecem várias formas de direito ao meio ambiente equilibrado ou um dever governamental de protegê-lo. (KYSAR, 2010, p. 229.) Refere Thomson Jr. que existem várias sugestões para emendar a Constituição Americana seguindo essas linhas (de proteção ambiental) e que vários Estados as tem adotado como emendas para as suas Constituições. (THOMSON, 2003, p. 157-158) Para Kysar, “o caminho da mudança é proceduralmente difícil e de benefício incerto. A experiência de muitos estados que adotaram essas emendas é que os direitos e [as] obrigações previstos são debilmente concretizados”. (KYSAR, 2010, p. 229.) Em suma, como bem referido por Cannon, embora falte previsão constitucional específica para o ambiente, várias doutrinas constitucionais genéricas têm demonstrado importância nos casos ambientais decididos pela Corte, a maioria em detrimento dos pleitos ambientais. Nelas se incluem as doutrinas do *standing*, do federalismo e da proteção da propriedade privada contra a sua desapropriação. A Suprema Corte tem usado essas doutrinas para limitar o escopo da proteção ambiental e também as condições de acesso dos cidadãos que buscam reivindicar tal proteção em juízo (CANNON, 2015, p. 29).

⁴ Prevê o Clean Water Act, sobre o ajuizamento de citizen suits [33 U.S.C. § 1251-1387. Sec. 505]: a-Authorization; jurisdiction.Except as provided in subsection [b] oh this section and section 1319 of

Cidadão, no sentido da lei, “é qualquer pessoa que tenha um interesse ou direito que possa ser adversamente afetado pelo dano ambiental” (DOREMUS, 2008, p. 863-875).

Como já reconhecido pela jurisprudência, o *citizen suit* é apenas um suplemento e não um suplante da ação estatal em matéria de proteção ambiental. O Poder Legislativo não pretendeu que o cidadão seja sempre um potencial intruso sobre a discricionariedade da agência federal (UNITED STATES, *Supreme Court*, 1987). Tanto na regulação da poluição da água quanto na do ar, o cidadão não pode demandar se o administrador ou o Estado ajuizaram uma ação civil ou criminal prévia numa Corte Estadual ou Federal, de acordo com a doutrina da *diligent prosecution*. O Estado, ao contrário, pode ajuizar ação após a propositura do *citizen suit*, e a decisão pode fazer coisa julgada favorável ao cidadão demandante no processo individual como reconhecido pela jurisprudência⁵. A reparação do dano pretendida nesse tipo de demanda deve ser de um dano presente ou futuro, jamais passado (DOREMUS, 2008, p. 863-875), sendo questão de procedibilidade da demanda a notificação prévia de 60 dias do alegado violador/poluidor, bem como do Administrador (protagonista de possível ação ou omissão lesivas) e do Estado. Não havendo a notificação prévia, impedido está o demandante de prosseguir com a demanda. Objetiva essa notificação promover o cumprimento da legislação pelo Estado, pela agência reguladora e pelo poluidor na esfera administrativa, assim evitando um processo judicial desnecessário (DOREMUS, 2008, p. 863-875).

this title, any citizen may commence a civil action on his own behalf [1] against any person [including(I) the United States, and (II) any other governmental instrumentality or agency to extent permitted by the eleven amendment to the Constitution] who is alleged to be in violation of (A) an effluent standard or limitation under this chapter or (B) an order issue by the Administrator or a State with respect to such a standard or limitation, or [2] against the Administrator where there is alleged a failure of the Administrator to perform any act or duty under this chapter which is not discretionary with the Administrator.

⁵ Ver:UNITED STATES. Court of Appeals, Seventh Circuit. *Friends of Milwaukee's Rivers v. Milwaukee Metro. Sewerage Dist.*, 382 F. 3d 743, 757-65, 2004.

Barreira a ser enfrentada pelos cidadãos-demandantes, às vezes intransponível, é a exigência do reconhecimento do *standing* pelas Cortes. A Suprema Corte tem sido, ao longo da história⁶, com algumas exceções, em especial nos anos 1970⁷, bastante rígida no reconhecimento do *standing* da parte autora para a tutela do meio ambiente, em especial após a Corte Rehnquist, somada à nomeação do *Justice* conservador Thomas.⁸ Em outras palavras, para que seja reconhecido o direito do autor a um caso de direito ambiental e posterior apreciação do mérito da demanda pelo Poder Judiciário, são exigidos requisitos que foram construídos, após muitos debates ao longo da história, pela jurisprudência americana.

Entendendo o desenvolvimento sustentável como um princípio de direito ambiental – que não existe nos Estados Unidos de modo expresso –, ancorado nos pilares econômico, social, ambiental e de governança, observa-se que considerações de

6 A Suprema Corte apresentou até a morte do Justice Scalia, uma composição com cinco *Justices* Conservadores e quatro liberais, o que acaba se refletindo nas decisões que visam regular atividades nocivas ou potencialmente danosas ao meio ambiente. Por outro lado, como observa Cannon, “as decisões da Suprema Corte em casos ambientais salientam as respostas dos juízes às crenças e aos valores dos movimentos ambientalistas” (CANNON, 2015, p. 49).

⁷ Nos anos 1970, a Corte possuía composição com tendência liberal de modo distinto do conservadorismo atual. Antes do *Earth Day*, a Suprema Corte parecia haver incorporado o sentido de urgência da causa ambiental, como na extensão da aplicação em caráter criminal do *Rivers and Harbors Act* para poluidores industriais como sujeitos passivos, em *United States v. Standard Oil Company*, mencionando a crise de poluição na água como condição base de interpretação do referido estatuto. (UNITED STATES. Supreme Court. *United States v. Standard Oil Company*, 384 U.S. 224-225, 1966). Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 jul. 2015.) Posteriormente, em *Citizens to Preserve Overton Park, Inc v. Volpe*, decidido em 1971, a Corte expandiu o escrutínio judicial acerca das decisões das agências federais para assegurar o respeito às políticas públicas previstas pelo Poder Legislativo que foram interpretadas no sentido da observância da primordial importância na proteção ambiental dos parques florestais (UNITED STATES). Como referido por Cannon: “O caso Scrap, portanto, acabou por ser decidido dois anos após, o que encorajou ambientalistas a acreditarem que a Suprema Corte estava apoiando a causa contra interesses econômicos hostis e forças políticas alinhadas a eles.” (CANNON, 2015, p. 52).

⁸ Como bem refere Cannon: “O ano de 1992 foi o divisor de águas nas decisões ambientais para a Corte Rehnquist Rehnquist tornou-se chief justice em 1986, mas foi com a nomeação do *Justice* Thomas no final de 1991 que os conservadores asseguraram uma relativa e firme maioria [...]. Desde o início do seu mandato, Rehnquist não fez segredo do seu desejo de remoldar a doutrina do Pós-*New Deal* para impor limites constitucionais sobre o poder federal [...] com a decisão da Corte em 1992, no caso *New York v. United States*, iniciou-se a remoldagem [no sentido conservador]” (CANNON, 2015, p. 52).

ordem econômica e social são sopesadas, em regra, com algumas exceções, com prevalência sobre o bem ambiental estritamente considerado. Requisitos tradicionais do *standing* fixados pela jurisprudência na Suprema Corte são:

- a) um dano que afete diretamente direitos individuais do demandante, como a propriedade privada, a integridade física, o devido processo legal, entre outros;
- b) que o dano tenha ocorrido (ou seja iminente) e possua um nexo causal bem definido com a ação ou a omissão do poluidor ou do empreendedor;
- c) que o dano possa ser reparado por medida judicial a fim de que a máquina judiciária não seja instada a funcionar com desperdício de custo e tempo.⁹

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exceção, não aplicou os requisitos tradicionais do *standing* ao caso *United States v. SCRAP*¹⁰ ao reconhecer a legitimidade de cinco estudantes de direito da *George Washington University*, com base no artigo III da Constituição norte-americana, para litigar em juízo postulando a anulação do aumento nacional de taxa no transporte ferroviário de cargas aprovado pela *Interstate Commerce Commission* (ICC). Referido aumento teria como principal efeito a elevação da poluição em função do desestímulo à produção de produtos recicláveis (que teriam o seu custo de produção elevado pelo aumento no preço do frete), gerando uma clara externalidade negativa no âmbito ambiental. A decisão é um marco na jurisprudência, não somente em virtude do reconhecimento da legitimidade processual dos cidadãos em matéria ambiental pela Suprema Corte, mas porque esse foi um *leading case* pioneiro no

⁹ No que concerne ao *standing* em material ambiental, ver: (DOREMUS, 2008, p. 115-137).

¹⁰ *United States v. Scrap* (412U.S.669, 1973). Ver sobre o caso *Scrap*, a narrativa completa e os bastidores da demanda segundo um dos seus autores em: (PROTO, 2005).

reconhecimento da incidência do *American National Environmental Policy Act (Nepa)*¹¹ em um caso concreto.

Havia nos Estados Unidos, nos anos 1960, rumores de relações espúrias entre agências de regulação – que tinham por finalidade institucional a tutela do interesse público – e grandes indústrias que exploravam as áreas reguladas. Tal fato, pode-se afirmar, ocorre até hoje e motiva iniciativas governamentais em prol da busca por transparência, eficiência e democracia na regulação estatal, a fim de que se possa atingir melhores resultados.¹²

Notadamente existiam boatos pontuais de casos de corrupção envolvendo a *Interstate Commerce Commission* e as empresas que exploravam estradas de ferro na época. Nesse cenário, o professor da *George Washington Law School*, John Banzhaf, estimulou estudantes a identificarem relações problemáticas entre as corporações e as agências reguladoras, posteriormente ajuizando ações judiciais para questionar essas

¹¹ De acordo com Cannon, a NEPA traz em seu texto uma abrangente declaração de política ambiental nacional com disposições que permitem o cumprimento dessa política. A seção 101(a) reconhece o profundo impacto da atividade do homem sobre as inter-relações de todos os componentes do ambiente natural e reconhece adicionalmente a fundamental importância da restauração e da manutenção da qualidade ambiental para o global bem-estar e o desenvolvimento do homem. O Estatuto declara a continuidade da política do governo federal para criar e promover o bem-estar geral, além de criar e manter condições sob as quais o homem e a natureza possam existir em produtiva harmonia satisfazendo as exigências sociais, econômicas e outras das presentes e futuras gerações de americanos (CANNON, J 2015, p. 108.) Elaborado sob uma declaração geral, a Seção 101 (b) da NEPA lista seis objetivos: 1. o cumprimento por cada geração, das suas responsabilidades como garantidora do ambiente para as gerações futuras; 2. ambiente seguro, saudável e produtivo, estética e culturalmente; 3. uso benéfico do meio ambiente sem degradação; 4. a preservação de importantes aspectos culturais, históricos e naturais da herança nacional, mantendo sempre que possível um ambiente que apoie a diversidade e a variedade de escolhas individuais; 5. o equilíbrio entre população e o uso de recursos que permitirão altos padrões de vida com ampla divisão de comodidades; 6. a qualidade da energia renovável e a aproximação da reciclagem máxima de bens não renováveis.

¹² Nesse sentido, Sunstein relata a sua experiência à frente da *White House Office of Information and Regulatory Affairs*, durante o primeiro governo Barack Obama, na obra *Simpler: the future of government*. Os resultados alcançados, apresentados no livro, em virtude da política de simplificação, transparência e democracia na regulação foram positivos e de baixo custo. Entre tais benefícios, observam-se a diminuição de acidentes nas rodovias, redução na obesidade da população, desburocratização para abrir negócios e para o acesso aos serviços públicos, redução do tabagismo, facilitação do crédito para o ensino universitário, melhor atendimento dos passageiros nos aeroportos e diminuição da poluição, entre outros (SUNSTEIN, 2013).

práticas nocivas à sociedade. Os alunos de Direito George Biondi, John Larouche, Neil Thomas Proto, Kenneth Perlman e Peter Ressler aceitaram o desafio e formaram o grupo *Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, objetivando questionar judicialmente os procedimentos adotados pela *Interstate Commerce Commission* no reajuste do valor da taxa incidente sobre toda a carga transportada (produtos recicláveis) e o reflexo de tal aumento no meio ambiente.

Em abril de 1972, o *SCRAP* entrou com ação judicial contra os Estados Unidos e a *Interstate Commerce Commission*, na Corte Distrital de Columbia, por violação da *NEPA*, quando da aprovação e da cobrança de um aumento de 20% que já estava sendo recolhido e novos 2,5% sobre toda a carga transportada nas estradas de ferro do país. O painel de três juízes do distrito de Columbia, composto pelos Juízes Wright (Presidente), Flanery e Richey, entendeu que o *SCRAP* tinha legitimidade para processar os réus e que o Congresso dos Estados Unidos, embora tivesse conferido autonomia à ICC, garantira que as decisões da agência poderiam ser revisadas pelo Poder Judiciário em caso de violação à legislação (*NEPA*).

O caso *SCRAP*, em virtude do recurso dos réus, chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos e foi julgado procedente. Encarregado para escrever a decisão da Corte, o *Justice Stewart* concluiu que as alegações dos autores demonstraram que os membros do *SCRAP* individualmente sofreriam “danos” com o aumento da taxa de frete que atingiria produtos recicláveis. Cada estudante, no entender da Suprema Corte, usava florestas, rios, córregos, montanhas e outros recursos naturais da área metropolitana de Washington, seu domicílio legal, para *camping*, trilhas, pesca, apreciação de paisagens e outros objetivos estéticos e recreacionais. Tais usos, para a Corte, tinham sido, e seriam, adversamente afetados pelo aumento da taxa de frete, que inibiria a comercialização de produtos menos nocivos ao meio ambiente.

O *Justice* reconheceu que, “embora de modo atenuado, os membros do *SCRAP* tinham alegado danos específicos e perceptíveis, que os distinguiam de outros cidadãos que não tinham usado os recursos naturais alegadamente afetados” com o aumento do preço da taxa (UNITED STATES, 1973, p. 669). O *Justice* Blackmun, demonstrando preocupação direta com a lesão ao meio ambiente, e não com meros danos individuais reflexos, alegou:

A medida postulada é justificada. Não exijo que os apelados provem que eles foram lesados individualmente. Ao invés, eu exigiria apenas que os apelados, como responsáveis e sinceros representantes dos interesses ambientais, demonstrassem que o meio ambiente seria lesado de fato e que cada dano seria irreparável e substancial (UNITED STATES, 1973, p. 669).

Observa-se, segundo o voto do *Justice*, que o dano nem mesmo precisava ter ocorrido para que o caso dos demandantes fosse julgado procedente; bastaria a prova de possível dano ambiental futuro e de efeitos irreparáveis e efetivos para a supressão do aumento da taxa de frete nas linhas férreas.

A Constituição norte-americana não prevê expressamente, repisa-se, as condições de legitimidade para que uma parte possa ingressar com uma ação em juízo, tenha o seu *standing* reconhecido e o seu caso apreciado. Relevante observar as considerações de Lazarus no que tange às linhas gerais do *standing*, extraídas do artigo III da Constituição de 1787, em matéria ambiental. Para o autor, a legitimação processual deve motivar-se pela existência de um dano que fundamente a demanda e sempre que esse dano tenha sido causado pelo réu, podendo ser identificado durante o processo. São para ele características especiais da responsabilização por dano ambiental: o dano, o nexo causal e a sua reparabilidade (LAZARUS, 1982, p. 471-474).

Tece o autor crítica às decisões da Suprema Corte no sentido de que, quando aprecia o *standing* nos casos de direito ambiental, demonstra pouco conhecimento ou entendimento acerca da

natureza do dano ambiental (LAZARUS, 1982, p. 471-474) a ser evitado ou reparado. A Corte ampliou, importante frisar, o seu entendimento sobre o dano ambiental a ser considerado para fins de avaliação da legitimação processual e incluiu os danos estéticos causados a prédios e paisagens no caso *Sierra Club v. Morton*(UNITED STATES). No mesmo caso, aliás, o *Justice* Douglas firmou importante dissenso, o qual se tornou clássico na literatura do direito ambiental americano, criando um caminho para a expressão indireta de visões ecocêntricas através da tutela de valores estéticos e ambientais vinculados a direitos e interesses dos litigantes (CANNON, 2015, P. 108).

No que concerne ao caso *SCRAP*, especificamente, refere Lazarus que a “Corte levou em consideração o caráter inevitavelmente incerto e especulativo desses tipos de danos, em particular aqueles casos que demonstram umnexo causal mais atenuado entre ato e dano” (LAZARUS, 2000, P. 703-812). Pode-se afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou, ainda que de modo indireto, tutelando direitos metaindividuais.

A Suprema Corte, ao longo das últimas décadas, assumiu uma posição mais conservadora e restringiu a legitimação processual ativa para litígios em matéria de direito ambiental, como em *Lujan v. Defenders of Wildlife* e *Steel Co. v. Citizens for a Better Env't*(UNITED STATES). E, ainda, apropriou-se de exigências processuais de outros textos legais para tornar mais rígido o reconhecimento da legitimidade para a tutela processual, ainda que indireta, do meio ambiente, como reconhecido em *Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org*; em *O' Shea v. Littleton*; e, em *Linda R.S. v. Richard D*(UNITED STATES).No caso *Earth, Inc. v. Laidlaw Env'tl. Servs*¹³,afastou o reconhecimento do dano ecológico e as suas características como a incerteza na produção do dano e o seu caráter não econômico. Lazarus, sobre o caso, refere

¹³ UNITED STATES.Supreme Court.*Earth, Inc. v. Laidlaw Env'tl.Servs.* U.S. Jan. 12, 2000. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.

que a Corte desconsiderou “a falta de representação das futuras gerações, o que se converte em uma aplicação rígida e inapropriada” da Constituição e da lei.¹⁴

No caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*, o Justice Blackmun, no seu voto dissidente, chegou a levantar questionamento acerca de quais os motivos para a Corte, de forma sistemática, julgar desfavoravelmente quanto ao reconhecimento do *standing* dos demandantes em ações ambientais (UNITED STATES). E, ainda, sobre a legitimidade, que “os princípios rígidos exigidos pela Corte em matéria de *standing* é provável que se apliquem apenas em questões ambientais” (STONE, 2010, p. 9). A decisão no caso foi que “apenas os indivíduos que sofreram danos concretos têm legitimidade para buscar a revisão judicial das regras da agência” (STONE, 2010, p. 9). Depreende-se do caso *Lujan* que a legitimidade processual em matéria ambiental para a Suprema Corte exige três elementos: “1- os demandantes precisam sofrer uma lesão; 2- a lesão deve ser causada pela conduta impugnada; 3- a decisão judicial favorável deve ser apropriada para reparar a lesão” (STONE, 2010, p. 9).

Cortes Federais e Estaduais, de igual modo, têm negado legitimização processual ativa ao cidadão que alega umnexo causal incerto, o que caracteriza grande parte dos danos ambientais e não demonstra um dano ambiental certo com reflexos causadores de lesão particular aos demandantes (*v.g.* propriedade, saúde ou vida) (UNITED STATES). Em *Lujan v. Defenders of Wildlife*, a Suprema Corte entendeu, indo mais além, que o demandante precisa demonstrar um dano certo ou iminente para o reconhecimento da legitimidade processual, a fim de evitar que exista prestação jurisdicional desnecessária em casos nos quais nenhum dano tenha efetivamente ocorrido (UNITED STATES). A exigência da Corte de provar a iminência do dano para fins de reconhecimento do *standing*, importante grifar, em virtude da incompletude dos

¹⁴ LAZARUS, Richard J. Restoring what's environmental about environmental law in the Supreme Court. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 703-812, 2000.

argumentos vencedores no caso *Lujan*, “é difícil naqueles casos nos quais o dano ecológico, por natureza, se estende ao longo do tempo” (LAZARUS, 2000, p. 703-812). Ademais, essa posição demonstra um completo afastamento de princípios que norteiam o direito ambiental, inclusive no âmbito internacional, em específico dos princípios da precaução e da prevenção. Decisões desse jaez violam a independência do Poder Legislativo, uma vez que tanto o *Clean Water Act* como o *Clean Air Act* não exigem, em consonância com a moderna doutrina de direito ambiental em todo o mundo, que se demonstre cabalmente um impacto ecológico para que ocorra uma violação às suas disposições.

O princípio da separação dos Poderes, tão respeitado nos Estados Unidos, fica vulnerabilizado quando a Suprema Corte passa a fazer exigências rigorosas, que a Constituição e a legislação federal não fazem, em demandas ambientais. O conceito de dano ambiental para a Corte possui uma acepção bastante restrita e limitada, aproximando-se do tradicional dano à propriedade ou à pessoa, bem delimitado no direito privado. Em *Massachussets v. EPA*, trinta anos após o caso *SCRAP*, observa-se uma decisão da Suprema Corte mais generosa no reconhecimento da legitimidade processual e, acima de tudo, mais atenta aos princípios de direito ambiental consagrados para além das fronteiras das nações. Nesse caso, a *Environmental Protection Agency (EPA)* foi demandada pelo Estado do Massachusetts no *District of Columbia Circuit* por negar-se a aplicar o *Clean Air Act* contra as emissões de quatro gases emitidos por veículos automotores novos que contribuem para o efeito estufa. A Corte do Distrito de Columbia manteve a decisão da *EPA* e não determinou a aplicação da legislação contra a emissão desses gases poluentes pelos veículos automotores. O Estado do *Massachussets* e outros, irresignados, apelaram para a Suprema Corte, pleiteando uma ordem judicial para que fosse determinada a revisão da decisão da *EPA* e aplicado o *Clean Air Act*.

No voto condutor do *Justice Stevens*, restou evidenciado que a jurisdição federal das Cortes é limitada aos casos e às

controvérsias e que o Estado de Massachusetts demonstrou um e outro no caso concreto. Foram reconhecidos pela Corte danos ambientais, atuais e futuros, causados ao litoral do Estado do Massachusetts. Ademais, foi constatado que o dano ambiental causado na faixa litorânea estava ligado à evidente omissão da *EPA*. Reconheceu-se que pequenos efeitos decorrentes do dano satisfazem a exigência da causação na análise da competência federal e da legitimidade da parte autora. Finalmente, fixou-se no caso que o dano poderia ser reparado judicialmente, embora o resultado do remédio judicial pudesse ser tardio, porquanto emissões de gases por veículos novos foram, e continuariam a ser, realizadas (STONE, 2010, p. 9).

O *Chief Justice* Roberts resumiu no seu dissenso o pensamento conservador da composição atual da Suprema Corte (TUSHNET, 2015), marca característica das últimas décadas, no sentido de que “qualquer reparação de danos, nesse caso, deveria ser deixada para os poderes políticos. O relaxamento das exigências de legitimidade não existe em nenhum precedente da Corte. Sob uma análise normal de legitimidade, Massachusetts falhou em satisfazer a exigência da demonstração do dano concreto e particularizado; danos para a humanidade em geral não são suficientes. Também, a conexão causal entre a inação da *EPA* e o dano ao litoral é tão tênue e especulativa que ela não pode servir de base para se justificar a legitimidade”. Além disso, conforme o *Chief Justice*, “Massachusetts não pode satisfazer o requisito da utilidade da reparação porque as emissões ocorrem também em outros países, diminuindo a importância de qualquer redução nas emissões que podem resultar da aplicação do *Clean Air Act* pela *EPA*”. Prossegue seu voto afirmando que “flexibilizar as exigências de uma legitimidade apropriada apenas permite às Cortes usurpar a autoridade que é propriamente atribuída ao Congresso e ao Presidente” (STONE, 2010, p. 10). Para a posição dissidente, a Corte teria invadido a competência dos demais Poderes e praticado uma política pública inaceitável de prevenção de danos ambientais.

Para os votos vencidos, e parte da doutrina (CHARLOTTESVILLE, 2007, p. 75-84), a decisão está maculada por um ativismo judicial violador do princípio da independência dos Poderes não autorizado pela Constituição e, ainda inútil, porque não é capaz de impedir emissões para além das fronteiras norte-americanas.

A maioria dos *Justices*, por seu turno, desconsiderou os argumentos acolhidos nos votos dissidentes e entendeu que “o demandante possui legitimidade se demonstrar que o dano concreto é ligado ao réu e que este é reparável por decisão judicial” (STONE, 2010, p. 9). No caso concreto, a Corte decidiu que a EPA possui o dever de promover a regulação da emissão de gases poluentes referidos pelo Estado de Massachusetts ou, ao menos, justificar adequadamente por que não está exercendo a sua competência de acordo com a lei.

Dois recentes casos decididos pela Suprema Corte reafirmaram o decidido em *Massachussets v. Epa*, no sentido de que o *Clean Air Act* é aplicável para a regulação do CO₂, ainda que com um tom mais moderado. Foi o que ocorreu em *American Electric Power Corp. v. Connecticut (AEP)(UNITED STATES)*e, também, em *Utility Air Regulatory Group v. EPA(UNITED STATES)*. Em consonância com Cannon, o voto do falecido *Justice* Scalia, no segundo caso mencionado, deixou em aberto a matéria para futuras discussões, e os *Justices* conservadores Thomas e Alito continuam a afirmar que *Massachussets v. Epa* foi decidido equivocadamente (CANNON, 2015, p. 69).

A jurisprudência norte-americana demonstra que a tutela judicial do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável é admitida, indiretamente, apenas quando demonstrado um dano concreto a direito individual do autor. A decisão judicial, por sua vez, deve ser útil para a reparação dos danos, que precisam ser atuais ou iminentes. Pode-se citar, a título ilustrativo, os casos *United States v. SCRAP*, no passado, e *Massachussets v. EPA*, no presente, como exceções a essa regra de legitimidade aplicada invariavelmente. No caso *SCRAP*, contudo, a maioria da Corte

exigiu a necessidade de se provar os danos individuais causados aos estudantes, os quais foram reconhecidos.

Indisfarsável que a tutela jurisdicional do meio ambiente nos Estados Unidos ocorre via reflexa, com o objetivo primeiro de tutela dos direitos individuais. Governo e agências federais devem preferencialmente exercer a tutela ambiental nas políticas públicas para o direito norte-americano, deixando para a cidadania e as instituições buscarem uma tutela jurisdicional supletiva e indireta do meio ambiente.

2. Legitimidade da Cidadania e das Instituições na Tutela Jurisdicional do Desenvolvimento Sustentável sob a Perspectiva Ambiental no Canadá

A Suprema Corte (HERMAN, 1976, p. 102-160), na qualidade de intérprete da recente Constituição (CANADA), e demais Cortes do Canadá, país vinculado ao sistema jurídico da *common law*, têm apreciado, faz muitos anos, casos de violações a direitos individuais que poderiam facilmente ser reconhecidos como ambientais. Do mesmo modo que nos Estados Unidos, a tutela jurisdicional do meio ambiente ocorre via reflexa, vinculada à violação de direitos individuais. Exemplos desse fato são as antigas doutrinas, também reconhecidas nos Estados Unidos e aplicáveis ao direito ambiental (WEINBERG, 2008, p. 37-43) canadense, como *onuisance claims* (COLLIN, 2005, p. 203), a *negligence* (COLLIN, 2005, p. 199), *astrect liability* (COLLIN, 2005, p. 286), o *trespass* (COLLIN, 2005, p. 301) e *osriparian rights* (COLLIN, 2005, p. 203). Tais doutrinas têm sido invocadas – ocasionalmente em combinação – em nome daqueles que estão buscando proteção judicial dos efeitos da conduta que resultou, ou que poderia resultar no futuro, em alguma forma de dano ambiental (BENIDICKSON, 2009, p. 100). Decisões do Poder Judiciário canadense podem servir para proteger e reparar o ambiente de danos já ocorridos ou, em alguns

casos, que possam ocorrer no futuro, mas, na maioria das vezes, não de modo independente.

O sistema da *common law* oferece proteção às pessoas cujos uso e aproveitamento da terra sofrem interferência não razoável pela ação de outros, geralmente – embora não necessariamente – de um vizinho. Causas que levam os autores a ingressarem em juízo, invocando o instituto do *nuisance*, são: emissão de gases tóxicos, químicos ou fumaça; maus odores; e luzes ou ruídos excessivos. Essa interferência deve causar dano físico ou à propriedade, lesões ou riscos à saúde ou à segurança e desconforto ou inconveniências (BENIDICKSON, 2009, p. 101) aos seres humanos.

A principal preocupação das Cortes quando apreciam casos de *nuisance* é determinar se a atividade praticada pelo réu interfere de modo substancial, e não razoável, no uso da terra pelo demandante. Pouco importa se o réu toma todos os deveres de cuidado em sua atividade, se pensa estar fazendo o uso razoável da terra ou, ainda, se a sua atividade é benéfica para a comunidade. Basta que o autor satisfaça a exigência substantiva de demonstrar que os danos causados resultam da atividade do réu e causam um grau considerável de desconforto ou inconveniência (MCLAREN, 1972, p. 555) para que se tenha uma ação.

Não é qualquer inconveniente que autoriza uma ação com base no *nuisance*; deve ser um desconforto ou um inconveniente real, substancial, de acordo com o padrão do homem médio. Tal inconveniente material deve interferir com o conforto físico da existência humana, isto é, com os hábitos sóbrios e simples cultivados pelo povo canadense, e não com o conforto das pessoas de modos finos e elegantes (MORDEN, 2011, p. 53-54).

Elucidativos exemplos colacionados da jurisprudência canadense bem caracterizam o *nuisance*. A doutrina foi invocada com sucesso contra a emissão de fumaça que danificou jardim comercial de cultivo de plantas e flores (CANADA) e por proprietário de pomar cujas árvores frutíferas sofreram danos atribuídos ao sal utilizado para derreter o gelo em rodovia (CANADA). O mesmo ocorreu no

caso do locador que teve diminuição no valor dos seus aluguéis e prejuízos nos seus negócios por barulho e vibração causados pela introdução de um novo equipamento por uma fábrica em um bairro misto, residencial e industrial (CANADA). Também no caso de proprietária de imóvel residencial em Quebec, que invocou, com êxito, dispositivo do Código Civil do Estado argumentando, com base na *nuisance doctrine*, contra empresa operadora de telecomunicações que, ao construir uma torre, atraiu bando de pássaros para as imediações de sua casa. A combinação do barulho e do cheiro do excremento dos pássaros sobre a sua propriedade prejudicou o uso e depreciou o valor do imóvel (CANADA). No mesmo sentido, o barulho, a fumaça, o lixo e o mau odor emanado de um aterro sanitário rural motivou uma ordem judicial e uma reparação substancial de danos a indivíduo com base no *nuisance*(CANADA).

Importante verificar que, embora o *standing* do autor esteja vinculado a uma violação de direito individual, a defesa do réu não é facilitada. Ele deve provar, segundo a Suprema Corte do Canadá, que não existia outro modo de exercer a sua atividade sem causar o dano e que era impossível impedir o *nuisance*, sendo-lhe insuficiente ainda utilizar o argumento com base na mera negativa de negligência. No caso da dúvida acerca de determinado fato, o ônus da prova deve ser invertido contra o réu (CANADA).

Existe a doutrina do *public nuisance*, que é base para ações contra danos ambientais perceptíveis quando esses danos decorrem da violação de direitos públicos. Nessa situação, litigantes individuais não têm *standing* para ajuizarem uma ação (BENIDICKSON, 2009, p. 105). Nos casos do *public nuisance*, o procurador-geral é considerado a parte mais adequada para litigar em nome dos interesses gerais da comunidade. Aos indivíduos que buscam ajuizar ação com base no *public nuisance* em nome da coletividade, tem sido exigida como condição para obter o *standing* uma permissão do procurador-geral para demonstrar que as pessoas sofreram danos especiais resultantes de uma específica interferência dos réus sobre direitos públicos (BENIDICKSON,

2009, p. 105). A jurisprudência canadense tem sido restritiva em tais casos, como demonstrado pelo decidido em *Sutherland v. Vancouver International Airport Authority*. Moradores de *Richmond*, em *British Columbia*, ajuizaram uma demanda com base no *public nuisance* alegando transtornos e danos gerados pelo barulho das aeronaves que prejudicavam o diálogo fora das residências, afetando o uso dos pátios, jardins e outras atividades dos moradores. Os cidadãos obtiveram vitória no julgamento monocrático, por ter entendido o magistrado que o barulho das aeronaves transcendia o mero aborrecimento. Todavia, a Corte de *British Columbia* entendeu que os autores não possuíam *standing* para invocar o *public nuisance*, o qual poderia ser invocado apenas com o consentimento do procurador-geral (CANADA).

No caso da *negligence*, deve o autor da ação demonstrar que faltou ao réu o dever de um padrão de cuidado na sua conduta e que essa falha acabou por causar um dano ambiental, sempre conectado com danos físicos ou com a propriedade da parte autora (CANADA). Essa doutrina geralmente é invocada quando o dano possui a sua origem no manuseio de substâncias contaminantes ou tóxicas. Deve o demandante demonstrar, para prosseguimento e desenvolvimento do processo judicial, a existência do dever de cuidado negligenciado pelo réu. Como consta em *Donogue v. Stevenson*, o dever de cuidado é caracterizado pelo dever de respeito ao vizinho e pela obrigação de tomar cuidados razoáveis a fim de se evitar atos ou omissões que possam, previsivelmente, causar danos (HOUSE OF LORDS). Ou seja, deve ser demonstrado que a conduta do réu esteve abaixo do padrão médio de cuidado razoavelmente esperado para as circunstâncias. Ao contrário dos institutos do *riparian claims* e do *trespass action*, a doutrina da *negligence* exige que o autor desincumba-se do ônus da prova (BENIDICKSON, 2009, p. 106).

A limitação do reconhecimento do *standing* somente para casos em que ocorrem danos físicos ou à propriedade, com base na *negligence*, tem sido atenuada pela Suprema Corte do Canadá, que

decidiu que os gastos efetuados para a garantia de segurança da propriedade e para preservar a integridade corporal das pessoas podem ser reparados, ainda que não tenha ocorrido danos à propriedade ou físicos à pessoa (CANADA). A doutrina pode ser invocada, portanto, para indenizar gastos do particular para a prevenção de riscos de danos causados por terceiros.

No caso *Sevidal v. Chopra*, o instituto da *negligence* foi aplicado para responsabilizar pelo dano o proprietário-adquirente de imóvel que o havia comprado do antigo dono causador de contaminação originária do solo da propriedade com rejeitos radioativos. A Suprema Corte entendeu que o novo proprietário, com atos e omissões, havia exposto os autores da ação a perdas econômicas, mesmo que a contaminação do solo tivesse ocorrido décadas antes (CANADA) e a esse fato o réu não tivesse dado causa. No caso *Heighington v. Ontario*, servidores públicos foram responsabilizados por negligência ao não impedir a contaminação de solo por radiação. Referidos servidores eram funcionários do Departamento de Saúde e tinham o dever, de acordo com o *Public Health Act*, de impedir riscos à saúde pública. Foi reconhecida a violação à referida legislação, visto que os servidores falharam em tomar medidas razoáveis na remoção de materiais radioativos, contaminando o solo e colocando em perigo a saúde dos futuros ocupantes da terra (CANADA). Demonstra-se uma tendência em acolher a *negligence* nos casos de regulação. Quando funcionários públicos são negligentes e suas condutas ou suas decisões aparecem conectadas causalmente a alguma espécie de dano ambiental, a sua responsabilidade é reconhecida (CANADA).

A doutrina do *strict liability*, ou responsabilidade sem culpa, originou-se da aplicação dos princípios do *nuisance*, ficando bem estabelecida no direito canadense em *Rylands v. Fletcher* (1866). Caracteriza-se quando substâncias perigosas ou poluentes escapam das terras do réu e danificam as terras do autor como esgoto, produtos químicos, pesticidas, combustíveis e gases. Para a doutrina da *strict liability*, o réu tem o dever do uso razoável da propriedade e

de impedir referidos vazamentos causadores de contaminação. No mesmo sentido, todo indivíduo que traz para a sua propriedade qualquer coisa que possa causar dano deve fazê-lo por sua total conta e risco. Adotando o voto condutor do *Justice Blackburn*, a *House of Lords*(MORTON, 2002, p. 389) determinou que a regra seria aplicável apenas para os casos em que estivesse presente o uso não natural da terra (HOUSE OF LORDS).Várias gerações de juizes canadenses têm aplicado esse antigo precedente. Como referido por *Lord Moulton's*, não é em todo uso da terra que tal princípio é aplicado, mas apenas àquele uso especial (anormal) que traz o aumento do perigo às outras pessoas e às propriedades vizinhas, jamais no uso próprio e adequado da terra (de acordo com os padrões do homem médio), que gera benefícios a toda a comunidade (CANADA). A *House of Lords* reconsiderou o precedente *Rylands v. Fletcher* no caso de uso de solvente por um curtume que contaminou o aquífero subterrâneo explorado pela *Cambridge Water Company* para fornecer água à municipalidade. O argumento central utilizado foi de que o armazenamento de substancial quantidade de produtos químicos era um uso natural e regular da terra na qual o curtume estava instalado (CANADA). Foi esse um notável retrocesso da *House of Lords* na tutela, ainda que indireta, do meio ambiente. A Suprema Corte canadense, todavia, não está, há décadas, submetida ao decidido pela *House of Lords* em Londres, em especial após a publicação da Constituição de 1982.

A Suprema Corte, por sua vez, decidiu que a doutrina do *breach of statutory duty* por si só não gera o dever de indenizar. Não basta a violação do dever legal para que esteja presente o dever de indenizar: deve haver a prova da violação do estatuto conectada com o dano que evidencie alguma negligência.¹⁵ Nesse sentido, a Corte de Ontário reconheceu que a mera violação do

¹⁵ CANADA. Supreme Court. *Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] S.C.R. 205 at 228. And *Ingles v Tutkaluk Construction Ltda* [2000] 1 S.C.R. 298. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

Gasoline Handling Act pela Sheel era um fundamento insuficiente para a responsabilização da empresa por *negligence*(CANADA).

Doutrina do *trespass* igualmente é aplicada no Canadá em matéria de danos ambientais. Consiste na entrada intencional nas terras de outra pessoa, ou o depósito de alguma substância ou material em terras alheias, sem uma devida justificação legal como licença, consenso do proprietário, estado de necessidade ou autorização legislativa. No caso *Hole v. Chard Union*, foi reconhecida a responsabilidade dos réus por descarregar lixo e esgoto em córrego que passava pela propriedade do autor (CANADA). O *trespass*, apesar de ser uma doutrina medieval, tem sido recentemente utilizada no oeste do Canadá para impedir o cultivo de determinados transgênicos, como se observa nos casos *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*(CANADA) e *Hoffman v. Monsanto*(CANADA).

É invocada no Canadá a doutrina do *riparian rights*. Donos de propriedades que fazem fronteira com cursos de água possuem direito de ação para preservar a quantidade natural e a qualidade das águas adjacentes cuja exploração está sempre sujeita ao uso razoável das populações ribeirinhas. O princípio foi reconhecido pioneiramente em *John Young v. Bankier Distillery Co.*, em que foi estabelecido que o proprietário ribeirinho possui o direito à água e à sua corrente com fluxo natural, sem diminuição ou aumento sensíveis ou alterações significativas em suas características e sua qualidade (CANADA).

Curioso caso foi *McKie v. KVP*, no qual uma fábrica de celulose, ré na ação, alegou em sua defesa a importância social de sua atividade para a comunidade e que o pleito dos *riparians* não era razoável. Tal argumentação não foi acatada pela Suprema Corte canadense, que determinou o fechamento do estabelecimento e o pagamento de indenização aos ribeirinhos lesados (CANADA). Posteriormente, o Poder Legislativo de Ontário, na afirmação de sua competência legislativa, regulou o funcionamento da empresa (CANADA), permitindo o seu

funcionamento, “dissolvendo” a injunção expedida pela Suprema Corte e mantendo apenas o direito dos ribeirinhos à indenização causada, como reconhecido pelo Poder Judiciário (BENIDICKSON, 2009, p. 112). Observa-se no sistema canadense que o Poder Legislativo, em casos excepcionalíssimos, pode anular e tornar sem efeito decisões judiciais, até mesmo da Suprema Corte, em especial quando invadida a sua competência constitucional legiferante e executiva que emana do regime parlamentar.

Conclui-se que a defesa do bem ambiental e do desenvolvimento sustentável no Canadá ocorre prioritariamente na esfera administrativa, com a realização de políticas ambientais, sendo a tutela jurisdicional do bem ambiental viabilizada apenas supletivamente nos casos em que estiver presente lesão a direitos individuais do autor, tal qual nos Estados Unidos.

3 A Legitimidade da Cidadania e das Instituições na Tutela Jurisdicional do Desenvolvimento Sustentável sob a Perspectiva Ambiental no Brasil

Todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição Federal, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações (art. 225, *caput*). O constituinte adotou a concepção de um antropocentrismo alargado, com uma perspectiva intrageracional e, para além dessa, intergeracional ao prever a tutela do bem ambiental para as gerações que estão por vir (MACHADO, 2005, p. 116).

O sistema processual brasileiro recepcionado e posteriormente construído sob a égide da Constituição Federal de 1988 possui vasto arcabouço instrumental para a tutela jurisdicional do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas na sua dimensão ambiental. Grifa-se o problema da falta de um Código de Processo

Coletivo (GIDI, 2008), que tem sido superada, em parte, pela construção jurisprudencial em matéria ambiental.

São instrumentos processuais para a defesa do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua dimensão ambiental: a ação popular; a ação civil pública (MACHADO, 2005, p. 357-358) ; a ação direta de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo; o mandado de segurança coletivo; o mandado de injunção (MILARE, 2005, p. 984-995); a ação direta de constitucionalidade por omissão; e, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (FERREIRA, 2012, p. 352-400). Todas essas ações podem ser manejadas para a tutela do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na sua dimensão ambiental como, de certo modo, tem reconhecido a jurisprudência dos tribunais superiores, tornando-se obsoleto o aprofundamento da discussão doutrinária travada a respeito do cabimento dessas ações. Sendo o meio ambiente equilibrado um dos pilares do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, tal direito, por consequência, pode ser tutelado pelas ações ambientais previstas em nosso ordenamento jurídico.

3.1. Ação Civil Pública Ambiental

A Lei 7.347/85 previu a ação civil pública como instrumento processual, com o objetivo de tutela dos interesses metaindividuais que, a partir da Lei 8.078/90, receberam classificação legal de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. É a referida legislação um marco na superação da tutela individual de direitos para a busca da tutela processual de direitos não individuais em sentido estrito.

Direitos e interesses difusos são aqueles que têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas a uma circunstância de fato. Como afirmado por Benjamin, constituem-se em “uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica a satisfação de todos, assim como a lesão de um só

constitui a lesão inteira da coletividade” (BENJAMIN, 1996, p. 94). Induvidoso que é cabível ação civil pública para prevenir e reparar danos decorrentes da poluição dos oceanos, do solo, do ar e aqueles decorrentes dos efeitos das mudanças climáticas ou da depleção da camada de ozônio. São difusos os direitos e os interesses ameaçados ou violados nesses casos.

Ainda que os indivíduos sejam indeterminados, a coletividade pode, reunida pelo mesmo suporte fático – dano ao meio ambiente causado pela alteração de suas características – pleitear a restauração e a reparação do ambiente danificado (VIGORITI, 1979, p. 15). Direitos coletivos, por sua vez, possuem titularidade determinada e estão reunidos por uma relação jurídica base, que deve ser de constituição anterior à lesão ou à ameaça de lesão ambiental. Clássico exemplo são funcionários de uma fábrica de energia nuclear contaminados, com o passar dos anos, pela radiação, que é nociva ao meio ambiente e também à saúde humana. A configuração desse exemplo ficaria mais evidenciada ainda se esses trabalhadores fossem atingidos, no seu meio ambiente laboral, por um acidente na usina nuclear empregadora. A relação jurídica base é o pressuposto para a tutela do direito de titularidade coletiva determinada.

Direitos e interesses individuais homogêneos foram misturados, aleatoriamente, entre os metaindividuais pela Lei 8.078/90, que os define como decorrentes “de origem comum”. Na realidade, são de natureza individual, como no caso de pescadores que sofrem prejuízo na sua pesca pela construção de usina hidrelétrica (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*) ou pelo vazamento de nafta no mar após a colisão de navios (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*), como já decidiu o STJ. Esses, aliás, são claros exemplos do reconhecimento do dano ambiental reflexo, ou ricochete, pela jurisprudência.

Em sede de ação civil pública, pode o Estado-Juiz determinar uma condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer e, também, de não fazer. Primeiro, sendo falha a aplicação

dos princípios da precaução (WEDY, 2013, p. 223-270) e da prevenção, deve-se buscar a reparação *in natura* do bem ambiental lesado para após, ato contínuo, buscar fixar a reparação pecuniária do dano a ser procedida por particulares ou pelo próprio Estado.

Possuem legitimidade ativa para propor ação civil pública para tutela do meio ambiente o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista, assim como as associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam, entre as suas finalidades, a proteção do meio ambiente *ex vi* do art. 5º da Lei 7.347/85 e do art. 82 da Lei 8.078/90.

É defensável a possibilidade de toda e qualquer associação possuir legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, porquanto o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, que emana do art. 225 da Constituição Federal, não vincula apenas associações que possuam finalidade estatutária de tutela do meio ambiente, mas, de modo mais amplo, obriga o Estado, os cidadãos e toda a sociedade. Em face da dicção constitucional, posterior à Lei 7.347/85, parece haver pouca justificativa para que não seja reconhecida a legitimidade de toda e qualquer associação para a defesa do meio ambiente como “bem de uso comum do povo”.

Qualquer do povo possui o direito de provocar a atuação do *parquet* para o ajuizamento de ação civil pública ambiental para a tutela do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Tratando-se de servidor público ou agente político do Estado, no exercício de suas funções, existe o dever de comunicação do dano de que tiver conhecimento, ou da ameaça de dano ambiental ao Ministério Público que, se não for o autor da ação civil pública ambiental, deverá sempre atuar como *custos legis*.¹⁶

Importante grifar que é possível pleitear o dano moral ambiental em sede de ação civil pública, com base no art. 1º da LACP. Como referido por Morato Leite: “Trata-se de um dano

¹⁶ Arts. 5º, 6º e 7º da Lei 7.347/85.

extrapatrimonial de caráter objetivo, em que o agente estará sujeito a indenizar a lesão por risco da atividade. O valor pecuniário dessa indenização será recolhido ao fundo para recuperação dos bens lesados de caráter coletivo” (LEITE, 2006, p. 316). É cediço, não havendo maior polêmica doutrinária e jurisprudencial, o cabimento de indenização por dano moral ambiental em ações civis públicas.

3.2. Ação Popular Ambiental

O mais notável mecanismo processual de tutela do meio ambiente, no entanto, é a ação popular ambiental (WEDY, 2014, p. 311-336). O texto constitucional determina, no seu art. 5º, inc. LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo [...] ao meio ambiente [...], ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Há, no caso, um verdadeiro estímulo que emana da Constituição Cidadã para que o cidadão participe da fiscalização dos riscos de dano ambiental e, ainda, promova a reparação do bem ambiental (CANOTILHO, 2013, p. 488-490).

A prova da cidadania para o ajuizamento da ação popular deve ser feita com o título eleitoral ou documento equivalente (art. 1º, § 3º, da LAP). O maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, o analfabeto e o maior de setenta anos, desde que possuam título eleitoral, podem ser autores da ação popular ambiental. Não podem ajuizar ação popular os que perderam a nacionalidade e os que perderam ou tiveram direitos políticos suspensos. Essa posição parece mais acertada ante a clareza do texto legal.

Existe doutrina que entende que qualquer pessoa interessada na defesa de um direito difuso ou coletivo pode manejar a ação popular independentemente da apresentação do título de eleitor ou de qualquer outro documento representativo de cadastramento eleitoral ou de cumprimento de obrigações eleitorais (DIAS, 2004, p. 75-100). Está presente na doutrina

entendimento de que o título eleitoral, ou documento equivalente, como prova de cidadania poderia ser dispensado para o ajuizamento de ação popular ambiental, tendo em vista que o art. 225, *caput*, da Constituição Federal dispõe que todos, indistintamente, possuem o dever de proteger o meio ambiente (ANTONNI, 2006, p. 52-74).

Sustenta Fiorillo que o destinatário do meio ambiente equilibrado é toda a coletividade – brasileiros e estrangeiros aqui residentes –, independente da condição de eleitor. Consequentemente, no tocante à proteção dos bens e dos valores ambientais, o art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65 não estaria recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (FIORILLO, 2012, p. 253). A legitimação ativa não estaria restrita, portanto, ao conceito de cidadão previsto na Lei 4.717/65 para a finalidade do ajuizamento de ação ambiental. Todos aqueles que podem sofrer ou sofrem consequências dos danos e das lesões ambientais poderiam manejar a ação popular ambiental, inclusive os estrangeiros residentes no país e aqueles que não estão em dia com as suas obrigações eleitorais. Essa interpretação é feita partindo-se do pressuposto de que o bem ambiental possui natureza difusa e não pública, sendo de caráter supraindividual.

Referido e sedutor entendimento não encontra respaldo, entretanto, na jurisprudência nacional dominante, que exige o título de eleitor para o ajuizamento da ação como prova da cidadania (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*). A pessoa jurídica, obviamente, a título de complementação, não tem legitimidade para ajuizar a ação popular ambiental, como já sumulado pelo egrégio STF (Enunciado 365).

Outrossim, existe discussão doutrinária acerca da necessidade da presença do binômio lesividade-ilegalidade do ato para que uma ação popular possa ser julgada procedente. Em sede de jurisprudência, o entendimento histórico do egrégio STF era de que a lesividade e a ilegalidade deveriam ser provadas uma e outra, de modo independente, para que a ação popular pudesse ser

julgada procedente. Nesse sentido, *leading case* que teve o voto condutor do Ministro Djaci Falcão (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*). Todavia, nos dias atuais, o egrégio STF evoluiu e tem entendido que a lesividade do ato está implícita no próprio conceito de ilegalidade (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

Em sede doutrinária, Gessinger (1985), Zavaski (2006), Meirelles (2004) e Mancuso (1996) entendem que o binômio ilegalidade-lesividade deve estar presente para que a ação popular possa ser julgada procedente. É de se entender que a lesão ao meio ambiente por si só é inconstitucional, já que fere o art. 225 da Constituição Federal. Não há necessidade de comprovação desse binômio para a procedência da demanda, porque a lesividade ao meio ambiente, para além de ato ilegal em sentido lato, é ato inconstitucional que viola o núcleo essencial dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável.

O prazo para ajuizar ação popular é de cinco anos a contar do ato lesivo, conforme consta no art. 21 da LAP, e é de cunho decadencial, de acordo com Sidou (2000, p. 378) e Santos (1998, p. 208). Oposto é o escólio de Vitta considerando que o prazo é prescricional (VITTA, 2000, p. 45). Ação popular ajuizada para tutelar o meio ambiente, é imprescritível no entendimento do último autor, tendo em vista que “se trata de instrumento de proteção da sadia qualidade de vida das pessoas” (VITTA, 2000, p. 82).

O melhor entendimento, de fato, é que a ação popular por danos causados ao meio ambiente é imprescritível. O mais eficaz modo de tutelar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações, com respeito à biodiversidade e, em especial, para evitar o aquecimento global (GIDDENS, 2009; POSNER; WEISBACH, 2010), as emissões de carbono (GORE, 2007) irresponsáveis e a ampliação do buraco na camada de ozônio (HARREMOES, 2002, p. 79-89) é a existência de institutos jurídicos sólidos que sejam eficazes na prevenção e na reparação de danos ao meio ambiente, permitindo um desenvolvimento atento ao princípio da

sustentabilidade (FREITAS, 2016) e ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas.

3.3. Mandado de Segurança Coletivo Ambiental

O mandado de segurança coletivo ambiental está previsto no art. 5º, inc. LXIX e LXX, da Constituição Federal de 1988. Esse remédio constitucional é um instrumento para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. São partes legítimas para impetrar mandado de segurança coletivo ambiental as organizações sindicais, as entidades de classe ou as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Nos termos da Lei 12.016/2009, os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo são os coletivos e, também, individuais homogêneos¹⁷.

Extraí-se do art. 225 da Constituição, combinado com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito líquido e certo (FIORILLO, 2012, p. 271), assim como o é o conceito mais abrangente do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

São sujeitos passivos do mandado de segurança ambiental a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público que violarem o direito líquido e certo ao desenvolvimento sustentável ou praticarem ilegalidade ou procederem com abuso de poder contra o bem ambiental, como,

¹⁷O art. 21 da Lei 12.016/2009 prevê que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: “I- coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

no caso de licenciamento ambiental irregular para construção de residências em uma área de preservação permanente.

3.4. Mandado de Injunção Ambiental

O mandado de injunção ambiental, regulamentado pela Lei 13.300/2016, é cabível na ausência de normas que regulamentem a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Muito embora a norma constitucional que prevê o *writ* tenha por objetivo possibilitar, na ausência de normas regulamentadoras, o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, impossível é excluir o meio ambiente e o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável desse rol.

Esse remédio jurídico-constitucional “trata-se de instituto à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, titular de um direito, de uma liberdade ou de uma prerrogativa constante da Carta de Princípios”, mas que deve fazer “prova de não poder ver exercido esse direito, essa liberdade ou essa prerrogativa, por falta de instrumento regulamentador (MILARÉ, 2005, p. 996).

O princípio da sadia qualidade de vida que norteia o direito ambiental e emana do art. 225 da Constituição Federal precisa ser considerado na interpretação do art. 5º, inc. LXXI, da mesma norma. A sadia qualidade de vida é tutelada no sentido de os seres humanos não estarem doentes no presente e não ficarem doentes no futuro. No que se refere ao princípio da sadia qualidade de vida, “leva-se em conta o estado dos elementos da natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e que do seu uso advenham saúde e jamais doenças ou incômodos para os seres humanos” (MACHADO, 2005, p. 54).

E, de fato, prevê o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos que “toda a pessoa tem direito de

viver em meio ambiente sadio e a dispor de serviços públicos básicos” (art. 11) (BRASIL, *Decreto 3.321*). Relevante observar advertência doutrinária no sentido de que “falar em vida com qualidade é buscar tornar efetivos os preceitos dos arts. 5º e 6º da Constituição, e estes são indiscutivelmente objeto do mandado de injunção, porquanto ostentam a natureza de direitos constitucionais” (FIORILLO, 2012, p. 272-273).

Na busca pela concretização do princípio constitucional da sadia qualidade de vida, incompatível com extremos climáticos causados por fatores antrópicos, é plenamente cabível o manuseio do *writ* do mandado de injunção ambiental. Com o amadurecimento das instituições democráticas brasileiras e da própria cidadania na discussão da problemática ambiental, inclusive na gestão e na governança do ambiente, notadamente ligada à administração dos riscos de catástrofes (CARVALHO, 2015), esse remédio constitucional tende a se tornar ferramenta útil na tutela do meio ambiente, da sadia qualidade de vida do homem e, em especial, do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas.

3.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Ambiental

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), prevista no art. 103 da Constituição de 1988, com a regulamentação da Lei 9.688/99, é mecanismo hábil para impugnar em um processo objetivo, sem partes, normas que contrariem o art. 225 de nossa Carta Política no que tange à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pode-se propor ADI por violação ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, uma vez que o meio ambiente equilibrado é um dos elementos mais abrangentes do direito fundamental aqui defendido.

Podem propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da

Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Concorde-se com Milaré que é “digna de nota a inserção, entre os colegitimados, de certos corpos intermediários, como a OAB e as entidades sindicais e de classe, com nova autonomia para buscar, em nome da sociedade, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários aos princípios e às normas constitucionais de proteção do ambiente” (MILARÉ, 2005, p. 986) e ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Observa-se que o STF, no precedente que declarou inconstitucional legislação estadual que regulamentava a “rinha de galos”, entendeu, em ação direta de inconstitucionalidade, conforme interpretação do art. 225, § 1º, VII, da CF, nas palavras do Ministro Carlos Velloso, que admissível é o deferimento de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade que “suspende a eficácia de lei estadual, que autoriza e disciplina a realização de competições entre galos competentes por submeter tais animais a tratamento cruel” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

Em outro *leading case*, o Supremo Tribunal Federal, nos autos de outra ADI, anulou norma proveniente da Constituição catarinense, a qual previa a dispensa de estudo de prévio impacto ambiental em áreas de florestamento e reflorestamento para fins empresariais. No sentido do exposto pelo voto vencedor no *leading case*, de lavra do Ministro Ilmar Galvão, a norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, criou “exceção incompatível com o disposto no mencionado inc. IV do § 1º do art. 225 da CF” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

Não resta dúvida de que lei ou ato normativo que viole o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem

jurídico autônomo, ou princípios a esse correlacionados, como o princípio e direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, podem ser impugnados com base no texto constitucional na via do controle concentrado.

3.6. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Ambiental

A ação direta de inconstitucionalidade pode destinar-se a suprir a omissão de um dos Poderes, ou de uma autoridade da Administração Pública, em relação à matéria ambiental. No caso de ser reconhecida a omissão inconstitucional em matéria ambiental, que pode ser invocada por todos os legitimados para promover ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (como elencado na Lei 9.868/99), as consequências são: a) em sendo a inação de um dos Poderes, este será intimado para que providencie suprir a omissão em matéria ambiental; b) caso seja uma autoridade administrativa a responsável pela não ação, ela será intimada para que, em 30 dias, supra a omissão em matéria ambiental.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como por ação, não pode ser proposta para suprir omissão legislativa ou normativa inconstitucional anterior à Constituição Federal atual. Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente anteriores à CF 1988, no mesmo sentido, não podem ser objeto de impugnação via ADI por omissão, mas apenas por arguição de descumprimento de preceito fundamental em matéria ambiental.

3.7. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Ambiental

O texto constitucional admite ação de arguição de descumprimento fundamental (art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988), e compete ao STF o seu julgamento, nos termos

da Lei 9.882/99. A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultando de ato do Poder Público” e será cabível na “hipótese de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988 [art. 1º da Lei 9.882/99]”.

Está previsto no art. 5º, § 2º, da Magna Carta, no tocante aos direitos e às garantias fundamentais, que “os direitos e [as] garantias expressos na 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”. Induvidoso que a violação aos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável poderão ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, em especial quando relacionados a outros princípios, como o direito à sadia qualidade de vida livre de extremos climáticos causados por fatores antrópicos, por exemplo. Os legitimados para o ajuizamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos que possuem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, consoante o art. 2º da Lei 9.882/99.

O STF, por sua vez, entende que é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental em matéria ambiental. Tal entendimento ficou bem definido no caso da importação de pneus remodelados, que contou com o voto condutor da Ministra Carmem Lúcia, em que restou reconhecido que a importação violava ao princípio da precaução, colocando em risco a saúde e o meio ambiente, e descumpria os preceitos fundamentais do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*). Todos esses preceitos fundamentais narrados no precedente são elementos integrantes

do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, que é mais abrangente.

4. O Supremo Tribunal Federal e o Desenvolvimento Sustentável sob a Perspectiva Ambiental

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, reconheceu o direito ao meio ambiente como um direito fundamental. Nesse diapasão, também, o meio ambiente foi considerado como bem jurídico merecedor de tutela constitucional, nos autos do RE 134.297-8/SP. No MS 22.164/DF (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*), a Corte ampliou o reconhecimento de características especiais do bem ambiental, à luz do art. 225 da Constituição Federal de 1988, em que estão previstos igualmente deveres fundamentais (AYALA; 2012, p. 418).

O Ministro Celso de Mello, no voto condutor do segundo *leading case*, asseverou que o direito ao meio ambiente constitui a representação objetiva da necessidade de se proteger valores associados ao princípio da solidariedade. Como consta no voto, é um direito fundamental de terceira geração:

[...] que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação que incumbe ao Estado e à própria coletividade de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam no seio da comunhão social os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõe o grupo social (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

Extraem-se do voto dois pontos dignos de nota para a definição do que significa o meio ambiente à luz do texto constitucional: o reconhecimento não de mera perspectiva, mas da titularidade subjetiva coletiva para a tutela do ambiente e da proteção de valores indisponíveis; e, também, da natureza jurídica

do bem ambiental, sujeito à tutela autônoma, na condição de bem e valor constitucionalmente tutelado (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

É indubitável, de acordo com o STF, que o meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Estado, mas “porque a sua proteção (objetivo que é expressamente considerado pelo texto constitucional, na condição de dever de todos, compartilhado entre os Poderes Públicos e toda a sociedade) interessa à coletividade e se faz em benefício das presentes e das futuras gerações” (AYALA, 2012, p. 420), nos termos da Constituição Federal de 1988.

Existe um dever fundamental de proteção do meio ambiente, o qual emana do art. 225 da Constituição Federal, que obriga o Estado, a coletividade e o indivíduo. A Magna Carta, em seu texto, superou o mero reconhecimento de direitos fundamentais de primeira geração, consistentes em direitos subjetivos a serem invocados pelo indivíduo contra os desmandos e as arbitrariedades estatais (por exemplo: contra a vida, ameaças às liberdades políticas, à liberdade de imprensa ou ao direito de propriedade), e também dos direitos sociais (direitos prestacionais à saúde, à moradia e à educação). A prova de tal superação e passamento no rumo da expansão dos direitos, com a ampliação proporcional dos deveres fundamentais, é o reconhecimento dos direitos fundamentais de novíssima dimensão, ou terceira geração, vinculados aos princípios da solidariedade e da fraternidade.

A tutela dos direitos fundamentais de terceira dimensão está intrinsecamente vinculada ao cumprimento de deveres fundamentais de proteção ambiental. Daí decorre que o Estado, a coletividade e os indivíduos são sujeitos passivos contra os quais a pretensão subjetiva a um meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável pode ser invocada pelo Estado, pela coletividade e pelos indivíduos de igual modo. Não é equivocado afirmar, considerando-se essa perspectiva, que ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado corresponde um dever fundamental de preservação em benefício das presentes e das

futuras gerações. Em maior extensão, há um dever fundamental de promoção do desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas que vincula Estado e indivíduos.

Supera-se a visão liberal burguesa de mera proteção dos direitos individuais do cidadão contra o Estado sem o correspondente dever fundamental para com a coletividade. Deveres fundamentais referentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado visam a uma obrigação de não violação de interesses metaindividuais, consubstanciados no dever de tutela dos direitos coletivos, transindividuais e individuais homogêneos. São marcas características do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, atinentes e vinculados aos princípios constitucionais da precaução (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal. ADPF 101*) e da prevenção em matéria ambiental. Deveres que, se descumpridos – em prática inconstitucional – tornam impraticável a observância do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

A posição de guarda do ambiente é exercida por toda a sociedade, sob os mais diversos meios de representação. Deveres de proteção ao ambiente estão desvinculados, sendo absolutamente independentes de qualquer posição jurídica subjetiva pretérita. A Magna Carta estampou a tutela do meio ambiente de modo autônomo, afastando, assim, por via indireta e reflexa, de modo benfazejo, a exigência de comprovação de lesões patrimoniais ou a qualquer outro direito ou interesse do indivíduo lesado ou ameaçado em virtude do dano ambiental, para que a legitimidade pró-ambiente seja aceita.

Outrossim, a Carta Política, quando trata da ordem econômica no seu art. 170, inc. IV, valoriza o trabalho, a livre iniciativa e tutela o regime capitalista, que deverá ter como princípio norteador a defesa do meio ambiente como valor autônomo e não dependente. Após essa breve explanação, vem a calhar lição do Ministro Celso de Mello no sentido de que a incolumidade do meio ambiente “não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de

índole econômica”, ainda mais se tiver presente que “a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a defesa do meio ambiente” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

Em sentido contrário, contudo, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, recentemente, em favor de queimadas em casos excepcionais, em discussão que colocou os interesses econômicos dos cortadores de cana em um polo e a tutela do meio ambiente no outro. Prevaleceu no caso em tela os pilares do desenvolvimento sustentável da inclusão social e do desenvolvimento econômico em detrimento da tutela ambiental (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*), o que não é positivo em tempos de extremos climáticos causados por fatores antrópicos. Importante seria subsidiar esses trabalhadores para reciclagem de sua mão de obra no intuito de inseri-la em um mercado de trabalho sustentável, de acordo com uma economia verde movida por energia renovável.

O STF, além dessa perspectiva, caracterizada pelo antropocentrismo alargado pelo qual optou o Constituinte de 1988, deu passos relevantes, de outro lado, em direção ao ecocentrismo (CANNON, 2015, p. 19) em algumas de suas decisões quando, superando a autonomia kantiana, reconheceu o direito ao respeito e à dignidade de vidas não humanas, como nos casos dos cruéis espetáculos da “farra do boi”, da “briga de galo” e da “vaquejada”, reconhecidos como inconstitucionais. No caso da farra do boi, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual do Estado de Santa Catarina autorizadora de tal prática oriunda da cultura lusitana medieval. Após realizar a ponderação entre o direito de pretensa manifestação cultural do povo do Estado de Santa Catarina – consistente na perseguição coletiva a um boi pelas ruas das cidades e posterior sacrifício do animal – e o direito à integridade física e à proteção dos bovinos, entendeu por dar prioridade aos valores e à dignidade do animal não humano

(BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*). No caso da briga de galo¹⁸, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei aprovada no Estado do Rio de Janeiro que regulamentava referida prática. A base normativa constitucional para a anulação da legislação estatal foi o previsto no art. 225, § 6º, inc. VII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser um “dever do Estado proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, e provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”. Observa-se que a Constituição brasileira, mais uma vez, demonstra disciplinar detalhes de condutas que pretende impedir no caso, firmando posição em defesa da sustentabilidade e da tutela da vida não humana.¹⁹

É de se verificar que a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), previsto como direito fundamental, atinge uma dimensão ampla no que concerne ao respeito à vida humana e, também, à não humana, se interpretado em conjunto com o art. 225 da Constituição Federal, o qual prevê o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, aí compreendidos como integrantes todos os seres vivos. O dever humano de agir com dignidade engloba o respeito ao ambiente e o direito à vida, na sua acepção mais ampla, superando a visão antropocêntrica forte que coloca o homem como o epicentro do feixe dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã de 1988.

¹⁸ A briga de galos é uma prática cruel, que envolve, às vezes, elevadas apostas e consiste em colocar galos em um rinhadreiro, em forma de tambor, no qual as aves são colocadas para lutar não raro até a morte, em um espetáculo sangrento e deprimente.

¹⁹ De acordo com Sarlet e Fensteiseifer, especificamente sobre os casos da “rinha de galo” e da “farra do boi”: “O STF – todavia sem se posicionar sobre a atribuição de direitos aos animais ou outras formas de vida não humanas – reconhece a vida animal como um fim em si mesmo, de modo a superar o antropocentrismo (pelo menos na sua visão mais exacerbada) e o racionalismo de inspiração iluminista, admitindo alguma dignidade (um valor intrínseco!) também para a vida não humana [...] A atuação judicial no sentido de assegurar o bem-estar não apenas do ser humano, mas também dos animais, capta, a partir da norma do art. 225 da CF/88, os novos valores ecológicos pregados pelos movimento de defesa dos animais”. (SARLET, 2014. p. 340.). O plenário do STF, também julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada.

Presente está o dever fundamental humano de não causar sofrimento e morte à vida não humana, merecedora de respeito e dignidade próprios (STONE, 2010, p. 8-17).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito das gerações futuras na declaração de constitucionalidade do art. 36 da Lei de compensação ambiental. O que pode se resumir nas palavras do Ministro Ayres Britto, no sentido de que “a compensação ambiental se revela como instrumento adequado à defesa e [à] preservação do meio ambiente para as presentes e [as] futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional” (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

A decisão reconheceu o direito das gerações futuras ao meio ambiente equilibrado e é um fato consumado na jurisprudência. A concretização desse direito reconhecido em benefício das gerações futuras enfrentará dificuldades, pois está ligado ao cumprimento de deveres fundamentais de proteção ambiental, os quais igualmente apenas serão cumpridos com uma mudança cultural na nossa sociedade, que passa necessariamente pela educação ambiental como um dos princípios norteadores do direito do ambiente brasileiro dentro de uma perspectiva na qual deve estar integrado o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas compatível com o direito à vida digna e com instrumentos jurídicos aptos a evitar condições climáticas extremas causadas por fatores antrópicos.

5. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Desenvolvimento Sustentável sob a Perspectiva Ambiental

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado uma jurisprudência extremamente progressista no que se refere à tutela do meio ambiente como bem jurídico autônomo e à promoção do desenvolvimento sustentável. Em várias situações isso pode ser verificado claramente. A primeira delas é o reconhecimento da inversão do ônus da prova processual contra o suposto

poluidor/predador para que ele demonstre que a sua atividade não causa danos ao meio ambiente. Com efeito, por possuir melhores informações acerca da ação supostamente perigosa e ser o causador de riscos por sua atividade, deve o empreendedor comprovar que o meio ambiente e a coletividade não estão sujeitos a riscos ou a ameaças de dano. Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido como aplicável o art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/90 em casos concretos (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*) envolvendo matéria ambiental, visto que os direitos metaindividuais são tutelados por um complexo de normas processuais componentes de um microsistema que engloba as leis 4.717/65, 7.385/85 e a Lei 8.078/90 (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*).

No mesmo sentido, o STJ adotou a teoria do risco integral na verificação do dano ambiental. Basta a prova do dano e donexo causal para que esteja presente o dever de indenizar. A Corte superou a teoria do risco-proveito, porquanto não aceita excludentes da responsabilidade civil, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e de força maior e a cláusula contratual que prevê a prerrogativa de não indenizar (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*).

O STJ também reconheceu a imprescritibilidade da ação que visa à reparação do dano ambiental, tendo em vista as peculiaridades do dano que se espalha e supera limites de tempo e espaço. É uma posição que visa dar máxima eficácia ao princípio da reparação do dano ambiental e colocar um mecanismo à disposição do Estado, da coletividade e do indivíduo capaz de tutelar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em uma perspectiva intergeracional (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*). Objetiva-se a reparação e a restauração do bem ambiental a qualquer tempo e impedir atividades de desenvolvimento insustentáveis. Mister é abandonar o comodismo no que tange às áreas degradadas e superar a aceitação passiva de tais áreas como fatos juridicamente consumados.

Por fim, superando a teoria da falta do serviço, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo uma tendência demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*)

nos últimos anos, entende que a responsabilidade do Estado por danos ambientais ocorre não apenas nos casos de ação estatal, mas de omissão, de acordo com a interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*). A presença dos pressupostos da responsabilidade civil, dano e nexos causal, ensejam a imputação de responsabilização estatal nos atos comissivos e omissivos dos seus agentes em caso de danos ambientais.

A obrigação de restaurar o ambiente ou reparar o dano ambiental transmite-se ao proprietário adquirente do imóvel, mesmo que ele não tenha causado o dano. Esse é o posicionamento do STJ, que entende que a obrigação do adquirente do imóvel é de caráter *propter rem*. Esses precedentes estimulam o cumprimento da função social da propriedade no seu elemento e na sua acepção ambiental e estimulam o desenvolvimento ecologicamente sustentável (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*), superando o individualismo civilista napoleônico e a lógica liberal burguesa do *laissez passer* e do *laissez faire*.

A condenação por dano ambiental, nos casos de responsabilidade estatal, pode ocorrer solidariamente entre o Estado e o poluidor; porém, para que a coletividade não seja duplamente onerada pelo dano ambiental, o STJ tem entendido que a execução deve se dar em primeiro lugar sobre os bens do poluidor privado, que lucra com a atividade, e apenas na ausência de recursos deve a execução prosseguir, de modo subsidiário, contra o Estado, como devedor-garante (BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*). Nesses casos de litisconsórcio passivo, a decisão condena o ente estatal e o poluidor privado solidariamente, mas a execução é procedida com base na responsabilidade subsidiária do Estado, segundo a construção jurisprudencial.

Preocupou-se a Corte, e com razão, com o princípio da reserva do possível e a escassez dos recursos estatais para reparar o bem ambiental danificado. Iníquo seria se a coletividade, já prejudicada para o pleno exercício do direito a sua sadia qualidade

de vida, garantida pela Constituição Federal, tivesse ainda que pagar indenizações para reparar os danos ambientais a que não deu causa. Essa modulação na execução das decisões do STJ atende ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois equilibra a proteção dos bens ambientais com a finitude e a escassez dos recursos do Tesouro.

Precedentes do STJ firmaram-se no sentido de tutelar ao máximo o bem ambiental dentro de uma perspectiva promotora do desenvolvimento sustentável. Danos causados ao meio ambiente podem ser reparados sem que para isso seja necessária uma violação *a priori* de direitos fundamentais individuais, como o direito à vida, à propriedade ou à saúde das pessoas. Do mesmo modo, são utilizados mecanismos processuais que visam permitir a aceleração na reparação dos danos ambientais e, por conseguinte, desestimular práticas que não se coadunam com o respeito ao meio ambiente e com o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas.

6. Conclusão

A Constituição Federal brasileira e a legislação de regência em matéria ambiental formam, sem dúvida, um dos arcaibouços normativos mais progressistas do mundo. Nem a Constituição norte-americana, nem a Constituição canadense, apenas a título de exemplo, oferecem mecanismos de tutela jurisdicional do meio ambiente específicos a serem utilizados pelas instituições e cidadania para a tutela do bem ambiental autonomamente como ocorre no direito brasileiro. O dever fundamental de proteção ao meio ambiente como bem autônomo vincula o Estado e os particulares, de modo expresso, no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Observa-se nítida tendência na doutrina e na jurisprudência dos Estados Unidos e do Canadá a rígidos padrões para o reconhecimento da legitimidade ativa – *standing* – para a tutela jurisdicional do meio ambiente e para a promoção do

desenvolvimento sustentável. É de se observar que nesses países, por outro lado, as políticas públicas em matéria ambiental, embora imperfeitas, são mais eficazes e dignas de maior crédito que no Brasil, como demonstra o impune e público desmatamento diário e progressivo da Floresta Amazônica, para não se fazer referência à proliferação de favelas e lixões a céu aberto, onde seres humanos acabam por fixar as suas moradias destituídos do patamar mínimo de concretude de direitos constitucionais individuais, sociais e fraternais.

O cenário brasileiro, marcado pela corrupção, pela falta de democracia na implementação das políticas públicas, pelo constante desrespeito ao bem ambiental e pelo desenvolvimento insustentável, é um estímulo para novas ações judiciais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional. Não há perspectiva, pelo menos em curto prazo, para que o Estado – em especial na sua função executiva – e os indivíduos passem a cumprir espontaneamente o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, o que leva a uma maior e necessária intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas na busca da concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Faz-se necessária, outrossim, a efetiva educação ambiental em todos os níveis de ensino para se evitar a exagerada judicialização de políticas públicas que afetam o meio ambiente negativamente.

Em países da *common law*, os precedentes das Cortes são mais comeditos quando o assunto é intervenção judicial em políticas públicas, inclusive ambientais. Gozam tais países, é bem verdade, de padrões de desenvolvimento humano (saúde e educação), de governança e de sustentabilidade notavelmente mais elevados que os padrões brasileiros. As Cortes concedem aos governos e às agências federais maior autonomia e discricionariedade para a tomada de decisões em questões ambientais, visto que possuem elevado *expertise* técnico para resolver casos específicos, que originariamente não são afeitos ao escrutínio do Poder Judiciário.

Em face da imperfeição das políticas públicas ambientais no Brasil, a intervenção jurisdicional faz-se indispensável para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável de modo evidentemente supletivo, como alternativa para concretizá-lo no interesse das gerações humanas, presentes e futuras, e como uma garantia do dever de respeito à vida não humana, todos com dignidade constitucional reconhecida.

O Congresso brasileiro não é composto por políticos vinculados a partidos fortes, com linhas programáticas e ideológicas bem definidas. A sociedade não possui acesso a uma democracia substancial, para além da formal, que permita a necessária pressão política sobre o Poder Legislativo e o Poder Executivo em defesa do desenvolvimento sustentável. Torna-se difícil para a cidadania, em face desse fenômeno político-cultural, cobrar o cumprimento do dever por parte do Estado de legislar e executar políticas públicas de desenvolvimento sustentável satisfatórias.

O Poder Judiciário, nesse cenário, por necessidade política e cumprimento do seu dever de zelar pela ordem constitucional, possui legitimidade para intervir nas políticas públicas no sentido não apenas de promover a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, mas de evitar o exaurimento do seu núcleo essencial, cenário esse que, em face do princípio da separação dos Poderes, não é o ideal. Melhor seria que o Legislativo elaborasse as leis necessárias e o Executivo implementasse políticas públicas de desenvolvimento sustentável. O Judiciário tem procurado suprir essa lacuna com dificuldades e limitações, como demonstram os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Referências

ANTONNI, Rosmar Rosmar Rodrigues Cavalcante de Alencar. A legitimação do autor da ação popular. *Revista de Processo*. São Paulo, v.132, p. 52-74, 2006.

AYLA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 418.

BENIDICKSON, Jamie. *Environmental Law*. 3.ed. Toronto: Irwin Law, 2009, p. 100.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. A insurrei;’ao da aldeia global versus o processo civil classico. In CENTRO DE ESTUDOS JUDICIARIOS DE LISBOA. *Textos ambiente e consumidor*. Lisboa Centro de Estudos Judiciarios, 1996, v. 1.

BOSELDMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agaresp n. 206748. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 27 mar. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n. 1114398/PR. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21249564/recurso-especial-resp-1114398-pr-2009-0067989-1-stj/inteiro-teor-21249565>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agaresp n. 206748. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 27 mar. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n.200400011479. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 31 ago.2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo regimental no recurso especial n. 1412664. Relator: Ministro Raul Araújo. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25017000/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1412664-sp-2011-0305364-9-stj>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n. 201002176431. Relator: Ministro Castro Meira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 04 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2009-09-08;769753-1112299>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 603626/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 maio 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917434/segundo-agreg-no-recurso-extraordinario-re-603626-ms-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 677283/PB. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 07 maio 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21473686/recurso-extraordinario-re-677283-pb-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n. 1071741/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;resp:2009-03-24;1071741-1075754>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 201100461496. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 11 set. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 200801460435. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 16 dez. 2010. <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n. 1242800. Relator: Ministro Mauro Campbel. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 11 jun. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21115734/recurso-especial-resp-1242800-ms-2011-0050678-0-stj/relatorio-e-voto-21115736>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 77679/PR. Relator: Ministro Djaci Falcão. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 13 set. 1974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877679%2EENUME%2E+OU+77679%2EACMS%2E%29+%28%28DJACI+FALC%3O%29%2ENORL%2E+OU+%28DJACI+FALC%3O%29%2ENORV%2E+OU+%28DJACI+FALC%3O%29%2ENORA%2E+OU+%28DJACI+FALC%3O%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jppqc3pstf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706351/recurso-extraordinario-re-160381-sp>>. Acesso em: 25 nov. 2016.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1856/RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 03 set. 1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1086/SC. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 10 ago. 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777137/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1086-sc>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 101/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771646/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-101-df-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 22164/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 02 nov. 2014.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 22164/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 22164/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 101/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771646/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-101-df-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 22164/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 586224/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 09 set. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22883667/recurso-extraordinario-re-586224-sp-stf>>. Acesso: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 153.531-8-SC. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 03 jun. 1997. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3378/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753457/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3378-df>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário n. 160381/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 12 ago. 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706351/recurso-extraordinario-re-160381-sp>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

- CANADA. *Supreme Court. Walker v. McKinnon Industries Ltd.* [1949] O.R. 549 [H.C.J], var 'd [1950] O.W.N. 309 [C.A.]. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Shenck v. Ontario.* [1981], 34 O.R. [2d] 595 [H.C.J] aff'd[1984]49º.R. [2d] 556 [C.A.]. aff'd (sub nom.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Ontario Ltd v. Huron Steel Products.*[1990], 73 O.R. [2d] 641 [H.C.J]. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Bolduc v. Bell Mobilité Cellulaire* [1994], 17 C.E.L.R. [N.S] 102 [C.Q]. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Nippa v. C.H. Lewis [Lucan] Ltd.* [1991], 7 C.E.L.R. [N.C] 149 [Ont. Gen. Div], [1991], 7 C.E.L.R. [N.S] 163 [C.A].Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Ryan v. Victoria* [1999] S.C.R. 201 at para. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Sutherland v. Vancouver International Airport Authority.*[2002] BCCA 416 at para.34. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Rivtow Marine Ltd. V. Washington Iron Works.*[1973], [1974] S.C.R. 1189. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court.Hunter v. Southan Inc.* [1984] 2 S.C.R 145 at 149.
- CANADA. *Supreme Court. Winnipeg Condominiun Corp. No. 36 v. Bird Construction Co.,* [1995] S.C.R.85. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Sevidal v. Chopra.* [1987], 64 O.R. (2d) (169) (H.C.J.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- CANADA. *Supreme Court. Heighinton v. Ontario,* (1989), 69 O.R. (2d) 484 at 486 (C.A.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Torrup v. Alberta* (Minister of Environmental Protection). [2000] A.J. No. 435 (C.A.); *Quebec (A.G.) v. Girard*, [2004] J.Q. no. 13624 (C.A.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Richards v. Lothian*. [1913] A.C. 263 at 280(P.C.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Cambridge Water Co Ltda. v. Eastern Counties Leather Plc*, [1994] e A.C. 264 (H.L.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] S.C.R. 205 at 228. And *Ingles v Tutkaluk Construction Ltda* [2000] 1 S.C.R. 298. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. McGeek Enterprises v. Shell Canada*. (1991), 6 O.R. (3d) 216 (Gen. Div.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Hole v. Chard Union*. 1 Ch. 293(C.A), 1894. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*. [2004] 1 S.C.R. 902. Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. Hoffman v. Monsanto Canada Inc.*, 2005 skbq, aff'd (2007), 28 C.E.L.R (3D) 165 (Sask. C.A). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. John Young v. Bankier Distillery Co.*(1893) A.C. 691 AT 698 (H.L.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Supreme Court. McKie v. K.V.P. Co.*[1948] O.R. 398 at 410 (H.C.J.). Disponível em: <www.scc-csc.gc.ca>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CANADA. *Parliament of Canada. The KVP Company Limited Act*, S.O. C. 33, 1950.

CANNON, Jonathan Z. *Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

CARVALHO, Délton. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- CASS, Ronald. *Massachussets v. EPA: the inconvenient truth about precedent*. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 93, p. 75-84, 2007. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/massachussets-v-epa-inconvenient-truth-about-precedent>>. Acesso em: 15 jul. 2015.)
- COLLIN, Peter Hodgson. *Dictionary of law*. London: Bloomsbury, 2005.
- DIAS, Jean Carlos. Quem tem medo da ação popular? Uma necessária revisão a respeito do instituto sob a ótica da proteção aos direitos difusos e coletivos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São José, n. 21, p. 75-100, 2004.
- DOREMUS, Holly et al. *Environmental policy law: problems, cases and readings*. 5th ed. New York: Foundation Press, 2008. p. 863-875.
- FARBER, Daniel; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann. *Cases and materials on environmental law*. 8th ed. Saint Paul: West Publishing, 2006. p. 450-455.
- FARBER, Daniel. *Disaster law and inequality*. *Law and inequality*, Minneapolis, v. 25, n. 2, p. 297-322, 2007.
- FARMAN, Joe. Halocarbons, the ozone layer and the precautionary principle. In: HARREMOES, Paul et al. *The precautionary principle in the 20th century: late lessons from early warnings*. London: Earthscan, 2002. p. 79-89.
- FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 352-400.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREEMAN, Jody; VERNEULE, Adrian. *Massachussets v. EPA: from politics to expertise*. *Supreme Court Review*, Chicago, n. 1, p. 78-87, 2007.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GESSINGER, Ruy Armando. *Da ação popular constitucional*. Porto Alegre: Metrópoles, 1985. (Coleção Ajuris – Nova Série, n. 1).

- GIDDENS, Anthony. *The political of climate change*. Cambridge: Polity Press, 2009.
- GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo coletivo*. Rio de Janeiro: GZ, 2008.
- GORE, Albert. *The assault on reason*. New York: The Penguin Press, 2007.
- HERMAN, Michael. *The founding of the Supreme Court of Canada*. *Ottawa Law Review*, Ottawa, v. 8, p. 102-160, 1976.
- HOUSE OF LORDS. *Rylands v. Fletcher*, L.R. Ex. 265, confirmed by 1868, L.R. 3 H.L. 330, [1866].
- HOUSE OF LORDS. *Donogue v. Stevenson*. A.C.562 at 580 [H.L.] [1932].
- KYSAR, Douglas. *Regulating from nowhere: environmental law and the search of objectivity*. New Haven: Yale University Press, 2010.
- LASKIN, Bora. *The Supreme Court of Canada: the first one hundred years*. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 53, p. 459-468, 1975.
- LAZARUS, Richard J. *Restoring what's environmental about environmental law in the Supreme Court*. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 703-812, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- McLAREN, John. *The common law nuisance actions and the environmental battle: well-tempered swords or broken reeds?* *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 10, n. 3, p.555, Dic.1972.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORDEN, John. *Walker v. Pioner construction co*. 8 O.R. (2d) 35-48, 1975.
- MORTON, Frederick Lee. *Law, politics and the judicial process in Canada*. Calgary: University of Calgary Press, 2002. p. 389.

- NABAIS, José Casalta (Org.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PERCIVAL, Robert et al. *Environmental regulation: law, science and policy*. 7th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p. 89.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Comentário ao art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 488-490.
- PROTO, Neil Thomas. *To a high court: the tumult and choices that led to United States of America v. SCRAP*. Lanham: Hamilton Publishers, 2005.
- POSNER, Eric A.; WEISBACH, David. *Climate change justice*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 208.
- SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340.).
- SINGER, Peter. *Animal liberation*. New York: New York Random House, 1975.
- SINGER, Peter. *Practical ethics*. New York: Cambridge University Press, 1999.
- SIDOU, João Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 378.
- STONE, Geoffrey et al. *Constitutional law: keyed to courses using*. 6th ed. New York: Wolters Kluwer, 2010.
- STONE, Christopher D. *Should trees have standing? law, morality, and the environment*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 8-17.)
- SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. New York: Simon & Schuster, 2013.
- TARLOCK, A. Dan. Is there in environmental law? *Journal of Land Use*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 213-254, 2004.

TUSHNET, Mark. *In the balance: law and politics on the Roberts Court*. New York: W.W. Norton & Company, 2013.

TUSHNET, Mark. *Red, white and blue: a critical analysis of constitutional law*. Lawrence: University Press of Kansas, 2015.

UNITED STATES. *Supreme Court. Gwaltney of Smithfield v. Chesapeake Bay Found.*, 484 U.S. 49, 60, 1987.

UNITED STATES. *Supreme Court. United States v. Standard Oil Company*, 384 U.S. 224-225, 1966). Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 jul. 2015.)

UNITED STATES. *Supreme Court. Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 412-413, 404 (1971). Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 jul. 2015.)

UNITED STATES. *Supreme Court. United States v. Scrap* (412 U.S. 669, 1973).

UNITED STATES. *Supreme Court. United States v. Scrap*, 412 U.S. 669, 1973. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.

UNITED STATES. *Supreme Court. United States v. Scrap*, 412 U.S. 669, 1973. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.

UNITED STATES. *Supreme Court. Steel Co. v. Citizens for a Better Env't*, 523 U.S. 83, 102 -04, 1998. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.; UNITED STATES. *Supreme Court. Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871, 882-89, 1990. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.

UNITED STATES. *Supreme Court. Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org*, 426 U.S, 1976. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.;

UNITED STATES. *Supreme Court. Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488 (1974). Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.;

UNITED STATES. *Supreme Court. Linda R.S. v. Richard D*, 410 U.S. 614, 1973. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.

- UNITED STATES. *Supreme Court. Earth, Inc. v. Laidlaw Env'tl. Servs.* U.S. Jan. 12, 2000. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- UNITED STATES. *Supreme Court. Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871, 882-89, 1990. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- UNITED STATES. *Supreme Court. Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871, 882-89, 1990.
- UNITED STATES. *Supreme Court. Fourth Circuit Court. Friends of the Earth, Inc. v. Gaston Copper Recycling Corp.*, 179 F3d 107, 113, 1999. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- UNITED STATES. *Supreme Court. Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871, 882-89, 1990. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- UNITED STATES. *Supreme Court. American Electric Power Company, Inc. v. Connecticut*, 131 S.Ct. 2527, 2530, 2011. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- UNITED STATES. *Supreme Court. Utility Air Regulatory Group v. Epa*, 134 S.Ct. 2427, 2014. Disponível em: <www.supremecourt.gov>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin. *Understanding environmental law. 2nd ed.* Newark: LexisNexis, 2008. p. 37-43.
- VITTA, Eraldo Garcia. *O meio ambiente e a ação popular.* São Paulo: Saraiva, 2000.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire.* Milano: Giuffrè, 1979.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

As normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: por que ainda é importante falarmos sobre?

Flávio Quinaud Pedron¹

José Emílio Medauar Ommati²

1. Introdução: CPC/2015 e a força normativa dos princípios processuais.

O paradigma de Direito e de Estado inaugurado pela Constituição da República de 1988, para o Brasil, foi responsável por provocar profundas rupturas e transformações no sistema jurídico nacional. Primeiro por suplantar a experiência autoritária iniciada em 1964, restabelecendo a ordem democrática (CARVALHO NETTO, 1999), em substituição a um já esgaçado modelo autoritário de Estado e de Direito. Em segundo, por ser responsável por imprimir, no direito brasileiro, uma preocupação com a proteção dos direitos fundamentais (compreendendo esses *não* apenas como os direitos e as garantias individuais redutoramente) estendendo a tutela normativa constitucional para

¹Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito Público e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da ABDPRO (Associação Brasileira de Direito Processual). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Advogado. E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br

²Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto do Curso de Direito da PUC Minas *Campus*Serro, ministrando as disciplinas de IED I, IED II, Teoria da Constituição e Hermenêutica. Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas *Campus*Serro(2017-2020). E-mail: emilioommati@gmail.com.

além da Constituição de 1988 e irradiando sua eficácia para todos os ramos jurídicos. Alguns autores do Direito Constitucional falam, então, em um Bloco de Constitucionalidade e, ao mesmo tempo, identificam a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais (com aplicabilidade nas relações entre particulares).

Dessa forma, a partir de então, coube a cada sistema jurídico em particular se reconstruir sob novas diretrizes constitucionais. Um destaque fundamental foi a preocupação trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em sua leitura procedimental, com o tratamento normativo dos princípios jurídicos. Isso porque os princípios,³ após uma longa caminhada pela história do Direito, deixaram se ocupar um papel meramente marginal no processo de aplicação do direito (muitas vezes relevados à função subsidiária de integração/complementação do ordenamento jurídico em casos de lacunas; ou ainda uma equivalência, equivocada, com os chamados direitos naturais) para adquirir uma normatividade constitucional sob a forma de direitos fundamentais (ALEXY, 1997).

É claro que ainda há uma tendência em uma grande parte da doutrina nacional, sob a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e Alexy (1997), tomar os princípios como dotados de uma aplicação *gradual* equivalente aos valores. Não compartilhamos desta leitura, assumindo ao inverso uma postura deontologicamente adequada, como igualmente o faz Dworkin (2002, p. 119-120), para quem os princípios exigem um raciocínio de adequação (ao invés de balanceamento), que acaba por afirmar que em cada caso concreto, apenas um deve ser aplicável, pois o anterior e visualizado caso de colisão é apenas aparente e decorrente de uma má interpretação do próprio caso *sub judice*.

Seguindo este pressuposto dworkiano, o art. 926 do NCPC determina que: “os tribunais devem uniformizar sua

³Ver, especialmente, para mais detalhes, o capítulo 2 da obra: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, de modo a respeitar a cadeia decisória desde a primeira análise (leading case) e, em especial, com respeito dos fundamentos determinantes (ratio decidendi) que nortearam a aplicação.

A busca de delineamento de um sistema dogmático *íntegro* e adequado, que leve a sério os princípios do modelo constitucional de processo e que aplique as normas de tessitura aberta, torna imperiosa uma compreensão precisa da teoria dos princípios e da adequada leitura que o Novo CPC procura viabilizar para a melhoria do acesso à justiça democrático.

Dessa forma, os princípios que estruturam o chamado Devido Processo Legal também passarão por transformação/reconstrução, mas principalmente, passaram a serem elevados a categoria de princípios/direitos constitucionais.

A partir daí, a doutrina processual e constitucional passou a falar em um Devido Processo (agora) Constitucional, que atuaria definindo *um modelo geral de processo* para todas as suas subdivisões - cível, penal, trabalhista, etc. - (ANDOLINA; VIGNERA, 1990).⁴ Isso é de extrema relevância, haja vista que o CPC/2015 funciona como base normativa supletiva para todos os demais tipos de procedimento, na forma do art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Logo, o conjunto de normas fundamentais tem plena aplicabilidade em todos esses também, já que são diretamente ligados às normas constitucionais.

Dessa forma, sustentaremos no presente texto que a partir da Constituição de 1988, mas principalmente, com o advento do CPC/2015, podemos afirmar que a tradição teórica que compreendida a natureza jurídica do processo como uma espécie

⁴Basta observar o art. 1º do CPC/2015 para que tal noção possa ficar clara: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

de relação jurídica, na qual os sujeitos processuais estavam submetidos a direito e deveres a partir de vínculos subjetivos uns com os outros, deve ser abandonada, haja vista sua incompatibilidade com o paradigma democrático em que vivemos hoje.

De outro modo, em um segundo momento, mostra-se de vital importância compreender o que vem a ser o princípio do devido processo (legal), bem como sua ressignificação a partir de uma teoria que se proponha uma leitura democrática – afastando por completo a tradição da visão relacionista do processo – bem, como cada um dos elementos principiológico formadores do seu núcleo. Isso porque o devido processo, historicamente vem sendo dividido em uma constelação de outros princípios.

Após isso, poderemos concluir que a isenção das normas fundamentais como capítulo de abertura do CPC/2015 não se deu em vão; ao invés disso, compreendemos que as normas fundamentais densificam para todo o modelo constitucional de processo um conjunto de direitos fundamentais, razão pela qual o todo não pode nunca ser lido apartado desta parte. Ao longo da leitura e da aplicação do CPC/2015, os juristas devem ter em mente a necessidade de compreensão que as normas fundamentais se mostram como uma chave interpretativa que marca e exige, normativamente, sua observância, sob pena de retroagirmos ao paradigma que agora tentamos superar.

2. Repensando o conceito de processo subjacente ao CPC/2015: a superação da tradição autoritária de processo.

Antes de analisarmos os princípios presentes no título das Normas Fundamentais, entretanto, é preciso levar em conta que no cenário europeu, já na década de 1970, a doutrina do direito processual civil começava a perceber a existência de uma ruptura paradigmática provocadora de profundas transformações práticas no *conceito de processo*.

O jurista italiano, ElioFazzalari (1996)⁵apresenta a ideia de que a figura do contraditório encontrava-se mal compreendida pela doutrina da teoria geral do processo, razão pela qual passa a atribuir a ele um sentido de destaque.

Abandonando a noção reducionista segundo a qual o contraditório é apenas um direito de bilateralidade de audiência (dizer e contradizer), elabora uma proposta que o concebe como direito de informação e influência na construção do provimento (decisão) jurisdicional.

A consequência direta de suas conclusões leva ao abandono pela insuficiência teórica e democrática da afirmação de que o processo poderia ter sua natureza jurídica explicada como espécie de relação jurídica a se desenvolver entre autor, réu e Estado-juiz; sendo que este último ocuparia uma posição de superioridade hierárquica sobre os demais, titularizando direitos subjetivos que o permitiriam exigir condutas (atuações) por parte dos demais.

Também buscou abandonar a equivocada noção de que o magistrado deveria atender no exercício da função jurisdicional a *escopos metajurídicos*(DINAMARCO, 2009),ideia essa já presente na doutrina de Franz Klein, que ligadas ao paradigma do Estado Social, acabaram por provocar uma hipertrofia do magistrado (NUNES, 2008) e ainda muito difundidas em solo brasileiro como positivas.

Sob as novas luzes, o processo, então, é espécie de procedimento, mas com um fator distintivo, a presença do contraditório (como direito das partes ao tratamento em simétrica paridade e a condição de coautores do provimento).

Os vínculos de sujeição das partes perante o magistrado são substituídos por direitos de liberdade de participação (o que

⁵Ver também: NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; e FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

implica em contrapartida o dever de o magistrado respeitar tais direitos) demonstrando a todo o curso do processo, e principalmente, em sua decisão, que a mesma foi construída fundamentadamente (art. 489, § 1º do CPC/2015), ou seja, utilizando os argumentos trazidos pelas partes e acabando com o mito de que a decisão judicial é fruto de uma consciência discricionária exclusiva e subjetiva (STRECK, 2010).

Esse novo conceito de processo, presente finalmente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) é a *chave hermenêutica* para qualquer início de leitura da nova legislação, bem como para a correta compreensão dos princípios constituidores da cláusula do Devido Processo (Constitucional).

3. O devido processo legal e seus princípios integrantes.

Avançado esse ponto introdutório, podemos passar a análise da cláusula do Devido Processo e de seus princípios integrantes. A Constituição de 1988 traz menção expressa a ela no seu art. 5º LIV, quando afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Há aqui uma clara referência histórica à tradição inglesa que começa com a Magna Carta de 1215 (com forte influência do direito germânico, por causa de Guilherme, o Conquistador, de origem normanda) desenvolvida graças a genialidade de Edward Coke (ARAÚJO PINTO, 2008), no século XVIII.

Alguns autores, como Fredie Didier Jr (2015), segundo a jurisprudência do STF,⁶ procedem a uma distinção entre uma leitura formal (ou procedimental) – que estaria ligada às garantias processuais em si – e uma leitura substancial – que se voltaria para a *racionalidade* das decisões judiciais.⁷

⁶ STF, RE n. 374.981, em 28/03/2005, Rel. Min. Celso de Mello; Informativo n. 381 do STF.

⁷ Discordamos da afirmação da doutrina em geral quando esta reduz o exame da racionalidade da atividade jurisdicional apenas ao emprego da metodologia de critérios como *razoabilidade* (tradição inglesa) e/ou *proporcionalidade* (tradição alemã). Para mais detalhes sobre isso, nos reportamos a:

Não compartilhamos desse entendimento. Para nós, o devido processo legal ou devido processo constitucional, como quer que se queira denominá-lo engloba as duas leituras, não podendo ser cindido.

Assim, não faz mais sentido falar em devido processo legal *substantivo* e devido processo legal *procedimental*, já que o devido processo legal corretamente compreendido engloba esses dois aspectos:

Fica claro, agora, como o *due process of law* está diretamente ligado à questão da legitimidade do direito. Com efeito, através da análise da legitimidade do direito em sua versão processual, evidencia-se tanto o *substantive due process* quanto o *procedural due process*. Isso porque a decisão só será legítima à medida que efetivar a participação das partes na elaboração da decisão (*procedural due process*), o que só será possível desde que garantidos os princípios atinentes ao devido processo (isonomia, contraditório e ampla defesa). Por outro lado, a aplicação desses mesmos princípios abre às partes a possibilidade do questionamento do conteúdo das leis (*substantive due process*), o que garante a legitimidade do direito (SILVA, 2012, p. 96).

O devido processo constitucionalmente assegurado pode ser compreendido como devido processo constitucional e devido processo jurisdicional (BRÊTAS, 2010). Ou, ainda, na linguagem de Rosemiro Pereira Leal (2010), não apenas como devido processo legal, ou seja, que o procedimento deve estar previamente estabelecido em lei, mas como devido processo legiferante. E devido processo legiferante exatamente porque o devido processo constitucional possibilita não apenas a possibilidade de o afetado pela decisão participar na construção da mesma como também que

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; bem como ao capítulo 2 da obra THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

os cidadãos em geral possam fiscalizar e controlar a própria produção normativa, através de um devido processo legislativo.

Sobre o devido processo entendido como devido processo constitucional, precisas as palavras de Ronaldo Brêtas:

Contudo, não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a consequente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a tal desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional(sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica(devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma *estrutura normativa metodológica*(devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo (BRÊTAS, 2010, p. 123-124).

No mesmo sentido, J.J. Calmon de Passos, ao defender a necessidade de se pensar o processo numa perspectiva constitucional:

Urge, então, deixar-se para trás o pensar o processo numa perspectiva infraconstitucional, marcadamente procedimental, e mais numa dimensão constitucional, constitutiva, processo como equivalente a procedimentos que devem ser adotados para se produzir o direito e colocar essa concepção na moldura da filosofia política com que nos comprometemos. Porque há um processo de produção do direito autoritário, como há um processo de produção do direito democrático. Esta a opção original e a partir dela tudo mais se desdobrará (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 58).

Recentemente, parte da doutrina processual brasileira vem insistindo na ideia de que o devido processo legal, insculpido no

artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, se transformou em um direito fundamental ao *processo justo*.⁸

Contudo, é, no mínimo questionável, e, no máximo, errado, afirmar que o devido processo, que deve ser lido como devido processo constitucional, se transfigurou em um direito constitucional a um processo justo. E isso porque o significado de processo justo é extremamente controvertido. Além do mais, tal suposto direito é tautológico, pois, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Wolfgang Sarlet, o direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma *decisão justa*(SARLET;MARINONI;MITIDIERO, 2013). Mas, afinal o que é um processo justo? O que é uma decisão justa?

Sociedades extremamente divididas sobre o sentido do bem, tal como a brasileira atual, não chegam a um consenso mínimo sobre essas questões. Além disso, essa visão padece dos males dos *escopos metajurídicos* do processo, já aqui criticados. Ora, a função do processo não é buscar a verdade ou a justiça, mas sim assegurar que aqueles que serão afetados pelo provimento possam participar da construção do mesmo, controlando e fiscalizando a função jurisdicional, de modo a democratizar, por outras vias que não a eleitoral, essa importante função estatal, cumprindo-se os princípios republicano e democrático.

E é aqui que ganha, portanto, destaque o princípio do contraditório, o qual, podemos destacar, que após a perspectiva impressa pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, já não se mostra mais adequada a perspectiva que o associa a mero direito formal de *bilateralidade de audiência ou de paridade de armas*; ou seja, os artigos 9º, 10 e 11 do CPC/2015 adotam uma leitura segundo a qual o contraditório deve ser visto de modo muito mais ampliado, assumindo-se como verdadeiro direito de participação na co-construção das decisões judiciais (poder de influência).

⁸Sobre isso ver: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, capítulo 4 da segunda parte.

Destarte, o judiciário não observa o contraditório apenas quando garante a cada um dos litigantes oportunidades opostas de manifestação; a exigência normativa agora passa a exigir que o magistrado demonstre claramente na fundamentação da sentença (art. 489, §1º do CPC/2015) que os argumentos trazidos pelas partes foram recebidos e analisados pelo magistrado para a formulação de sua decisão.

Logo se o juízo identificar a existência de fundamento decisório sobre o qual as partes ainda não tiveram oportunidade de se pronunciar, ele antes deve submeter a questão à manifestação dessas partes (DIDIER Jr., 2015, p. 81).

Contraditório, então, implica não apenas participação, mas também o direito das partes influenciarem na construção da decisão e, assim, não serem surpreendidas pelo teor do ato jurisdicional, realizando-se, dessa forma, a democracia na esfera jurisdicional, entendida não apenas como o direito de votar e ser votado, mas, fundamentalmente, como um direito a um determinado tratamento por parte do Estado ou da comunidade personificada: cada cidadão tem o direito de ser tratado com igual respeito e consideração e, portanto, de participar e de fiscalizar as decisões que afetarão sua esfera de vida.⁹

O princípio da ampla defesa, por sua vez, ainda que guarde grande ligação com o contraditório não se confunde com o mesmo, pois diz respeito a liberdade/responsabilidade das partes na escolha dos argumentos, teses e provas a serem utilizadas no *inter* processual para demonstrar suas pretensões.

Assim, a ampla defesa significa, nas palavras de Nélson Nery Júnior, permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão(autor) ou defesa(réu) no processo judicial(civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova

⁹ Para maiores informações, vide: OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas (NERY JÚNIOR, 2013, p. 259). Significa dizer que a ampla defesa em direito pressupõe oportunidade de ampla argumentação por intermédio de meios técnico-processuais e produção de provas (PINHEIRO, 2016, p. 209). Com razão, nesse sentido, Guilherme César Pinheiro:

Dito de forma simples, ampla defesa enquanto ampla argumentação é o direito tanto do autor, quanto do réu, de argumentar por todos os meios técnicos admitidos e provar o que foi argumentado, em tempo razoavelmente necessário à reflexão e preparação da argumentação (PINHEIRO, 2016, p. 209).

Em trabalho de fôlego sobre o tema, Clenderson Cruz escreve sobre a ampla defesa:

Vale dizer que a *ampla defesano* paradigma democrático tem sua atuação demarcada por meio do devido processo legal, através do qual, na ordinaryidade, é possível a exauriência dos argumentos fático-lógico-jurídicos.

Destacadamente, nessa senda, o princípio constitucional da *ampla defesa* embora próximo, não se confunde com o direito ao contraditório. Enquanto este representa a possibilidade de manifestação (resistência) postulatória de uma decisão contrária, aquela representa a exauriência argumentativa com todos os meios jurídicos a ela inerentes em tempo adequado e não cronológico (CRUZ, 2016, p. 103-104, grifo no original).

Assim, ampla defesa e contraditório estão interligados, já que somente é possível a dedução das alegações, interposição de recursos, bem como a produção de provas em iguais condições de participação no curso do procedimento, possibilitando-se, com isso o controle democrático da atividade jurisdicional.

A ordem jurídica dispõe que as partes podem selecionar seus meios de provas dentro daqueles que sejam lícitos, ainda que não tipificados pela legislação (art. 369 do CPC/2015). Contudo, até por

dicção constitucional (art. 5º, LVI, da CR/88), vedará o emprego de prova ilícita.

O princípio da isonomia é também fundamental para o processo democrático. Previsto no art. 7º, dispôs que: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Cabe aqui uma observação: de modo comum, alguns juristas insistem em confundir o princípio da isonomia com o princípio da igualdade (previsto no art. 5º, *caput* da CR/88).

Isso não é acertado! Por igualdade ainda acreditam tais pensadores que o Estado Democrático de Direito admitiria a normativa de matriz aristotélica segundo a qual “deve tratar igualmente os iguais e desigualar os desiguais nos limites de suas desigualdades”. Contudo, tal leitura mostra-se ainda presa ao paradigma do Estado Social, talvez porque ainda difundida em monografia de autores como Bandeira de Mello (2012).

Em oposição, o jurista norte-americano Dworkin (2005)¹⁰ apresenta uma reconstrução sob a forma da chamada “igualdade de recursos” preocupado com o respeito as escolhas individuais, bem como negando a possibilidade de qualquer ação paternalista por parte do Estado.

Cada sujeito do processo (e não apenas as partes, já que isso deve incluir o magistrado e o Ministério Público) deve ter as mesmas oportunidades de argumentação e atuação na estrutura do procedimento.

A cláusula do devido processo (constitucionalizada) ainda apresenta uma exigência de vital importância – inclusive para a verificação da observância dos princípios anteriores no processo

¹⁰ Partilhando dessa mesma leitura de modo igualmente pioneiro temos a obra de OMMATI, José Emílio Medaur. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.cit.

em questão – o dever jurisdicional de fundamentar suas decisões (CATTONI DE OLIVEIRA; QUINAUD PEDRON, 2010).

Por fundamentação, diferentemente do que parece assumir uma parcela da doutrina nacional, equivocadamente, *não estamos tomando como sinônimo a noção de motivação!* Motivar é dar as razões subjetivas que moveram determinado sujeito a agir de um certo modo. Contudo, ela só observa uma perspectiva individual.

Quando o magistrado motiva uma decisão (em sentido amplo, quer decisões interlocutórias, quer sentenças ou acórdãos), ele dá uma justificativa pessoal para aquela decisão, mostrando que há lógica em sua escolha. Isso é apenas reduzido quando comparado com a fundamentação, que, por sua vez, exige que haja uma decisão fundada na intersubjetividade.

A fundamentação obriga que o agente explique não apenas seus motivos, mas porque desconsidera como válido os argumentos trazidos pelos outros partícipes; com isso, força-o a promover um raciocínio de correção: o Magistrado tem o ônus de provar para os outros que sua escolha, ou decisão, é a melhor decisão possível acerca daquele caso concreto.

Orbitando e interagindo com os demais princípios da cláusula do devido processo, temos outras normas, como o acesso à jurisdição,¹¹ a celeridade procedimental e a economicidade.

No que toca ao direito fundamental de acesso à jurisdição, destacamos que as transformações operadas de ordem jurídico-paradigmáticas não mais admitem condicionantes ao livre exercício

¹¹Em outra oportunidade ver: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. Demonstramos que não é adequado utilizar a expressão “acesso à justiça” em razão da confusão técnica operada. Confundir Judiciário com Justiça é resultado de uma tradição de pensamento que não operou o giro democrático da teoria do processo, nem tomou consciência do caráter mítico-platônico inerente. Com Luhmann podemos identificar uma oportunista e cômoda corrupção sistêmica, que apenas favorece a crença (irracional) na hipertrofia do judiciário.

do direito-de-ação, entendido como direito fundamental de provocar a jurisdição para impedir lesão ou ameaça de lesão a direito.

Como já demonstrado pela perspectiva democrática da teoria do processo, tal direito-de-ação é autônomo e desgarrado de qualquer ligação do direito material, bem como abstrato, não cabendo mais ao autor demonstrar previamente a *tese concretista* de Chiovenda (1969).

Contudo, pensar o direito-de-ação apenas em sua faceta quantitativa é um equívoco! Isso porque de nada adianta para o respeito ao devido processo um ingresso na seara do processo, sem que haja concomitantemente respeito aos demais princípios processuais constitucionais. Daí porque defendemos um acesso à jurisdição qualitativo.¹²

Uma importante inovação se encerra no art. 4º do CPC/2015: “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Trata-se da chamada *regra de primazia do mérito*, que reestrutura toda a lógica de condução do sistema de sanabilidade dos atos procedimentais, permitindo, sempre que possível, que atos que anteriormente ensejavam a extinção do procedimento sem resolução do mérito (art. 485 do CPC/2015) ou o não conhecimento/seguimento de um recurso -reforçando a construção de uma jurisprudência defensiva por parte dos Tribunais brasileiros – agora sejam ao máximo de esforço saneados e convalidados, exatamente para que, com isso, o procedimento possa se desenvolver até um provimento de mérito final.

¹²Nesse sentido remetemos a leitura das obras: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. Normas Fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. Concidentemente, temos as reflexões de NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Dois princípios processuais constitucionais que somente mais recentemente integraram a cláusula do devido processo, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, são a celeridade (ou razoável duração do processo) e economicidade. Acerca de reflexão quanto a ambos, importante destacar que a ordem processual deve sempre buscar desenvolver mecanismos, procedimentos e institutos processuais com o objetivo tanto de promover uma diminuição de tempo do processo (celeridade), como ainda de seu custo (economicidade). O tempo é um grave problema do direito processual e o esforço intelectual pela gestão do procedimento deve sempre ser contínua.

Contudo, tais princípios apresentam ambos uma dupla dimensão: por um lado, dizem respeito ao esforço da doutrina e do legislativo que deverão (re)pensar continuamente os procedimentos e seus institutos sempre desenvolvendo modelos mais rápidos e econômicos, sem que haja violação dos demais princípios constitucionais processuais (principalmente do contraditório); de outro, dizem respeito ao magistrado como representante do juízo, responsável pelo gerenciamento do procedimento, que deverá agir sempre a não gerar atrasos (tempos mortos) e repetições de atos desnecessários à solução do processo (nulidades), bem como não admitir que as partes promovam com seus atos delongas desnecessárias e unicamente voltadas para a demora ilícita do procedimento (como típicas expressões da má-fé processual).

4. Considerações finais.

De posse desse brevíssimo quadro, é possível, então, notar que o CPC/2015 já lança novos desafios ao estudo do direito processual civil brasileiro, principalmente por incorporar uma normatividade principiológica (mas já elevada à categoria de direitos fundamentais processuais pela Constituição de 1988) e, de tal sorte, força uma ruptura paradigmática para caminhar em consonância com os ditames e anseios do processo democrático.

Não é por outro motivo que os artigos iniciais partem de tal premissa e, de modo algum, podem ser deixados de lado quando da interpretação das demais normas contidas no restante do Código.

Como toda novidade, há quem desenvolva receio e medo pelas mudanças – que pode ser notada pelas manifestações de resistência e até mesmo de repúdio ao CPC/2015, principalmente, por parte de membros da magistratura brasileira.

O que é uma pena, pois viver em uma ordem democrática, bem como trazer tal ideologia para a seara do processo, não mais se trata de uma opção, muito antes o CPC/2015 não inova, apenas diz o que já está estabelecido no art. 5º da Constituição de 1988.

Mas muitas vezes, nos parece (por mais estranho que seja) que o óbvio deva ser repetido pela legislação infraconstitucional para adquirir normatividade e respeito pelos partícipes processuais.

5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão; BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: Reflexões de um Jurista que trafega na Contramão*. Salvador: JusPodium, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3, mai. 1999.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.
- CRUZ, Clenderson. *A Ampla Defesa na Processualidade Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BRÊTAS, Ronaldo. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol 1. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAZZLARI, Elio. *Istituzionididirittoprocessuale*. 8. ed. Pádua: Cedam, 1996.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NERY JÚNIOR, Néelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8].
- PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- PINHEIRO, Guilherme César. *A Vinculação Decisória no Estado Democrático de Direito: Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada da Aplicação de Precedentes, Súmulas e Decisões Vinculantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e Processo: A Legitimidade do Estado Democrático de Direito através do Processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- STRECK, Lênio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O sistema interamericano como instrumento de tutela dos direitos fundamentais dos povos indígenas: o caso dos índios chiquitano

Giulia Parola¹

Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa²

1. Introdução

O artigo tem como objetivo compreender a disputa de terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades Chiquitano³ e a consequente violação de direitos humanos, bem como a possibilidade da situação ser levada à análise pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Para tanto, o estudo baseia-se em pesquisa empírica, utilizando meios jurídico-processuais bem como em pesquisa de campo.

A fim de trazer subsídios ao estudo, foi feito um levantamento documental nos arquivos da FUNAI, em Cuiabá, nos

¹ Dra., LLM (Reykjavik, Islândia), Professora de Direito Ambiental no mestrado de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, (Niterói, Rio de Janeiro, Brasil); Pós-doutoranda no PPGDC (UFF) em Direito Ambiental, Doutorado em Direito Ambiental pela Universidade de Paris V (France); Mestrado na Universidade de Islândia em Direito Internacional Ambiental; Graduação em Direito Università degli Studi di Torino (Itália) giuliaparola.law@gmail.com

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF), advogada. E-mail: lrfmcosta@gmail.com

³ A 1ª Reunião Brasileira de Antropologia, ocorrida no Rio de Janeiro em 1953, aprovou uma convenção para uniformizar a grafia dos nomes tribais brasileiros. Neste estudo, portanto, os “nomes tribais se escreverão com letra maiúscula, facultando-se o uso de minúscula no seu emprego adjetival” e, ainda, “não terão flexão portuguesa do número ou gênero, quer no uso substantival, quer no uso adjetival”. (SCHADEN, 1976, p. XII).

anos de 2014, 2015 e 2016. No intuito de conhecer melhor a situação em que as comunidades Chiquitano estão submetidas e de colher informações de diferentes lideranças indígenas, realizou-se duas viagens de campo nos meses de maio e julho de 2014 e reuniões pela internet com membros das comunidades, em agosto de 2017. Ainda em 2014, foi realizado acompanhamento de liderança indígena da comunidade de Vila Nova Barbecho à Delegacia Federal de Cáceres, junto ao Procurador Federal da FUNAI, para relato de ocorrência de ameaça, bem como visita ao Ministério Público Federal, na mesma cidade, para melhor compreensão do conflito socioambiental.

No que diz respeito às fontes orais, estas basearam-se em entrevistas semiestruturadas por meio de formulário dialogado com indígenas das comunidades Chiquitano de Fazendinha, Vila Nova Barbecho, Nossa Senhora Aparecida e Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrns. Os fatos apontam a possibilidade de ocorrência de violação de direitos humanos desde a década de 1970, momento em que o INCRA (Instituto de Colonização e Reforma Agrária) intensificou a distribuição de terras para instalação de fazendas.

O estudo proposto foi elaborado com a ideia de compreensão e aprofundamento no que tange aos direitos humanos dos povos indígenas, como o direito à autodeterminação, ao usufruto das terras que tradicionalmente ocupam, à saúde, ao trabalho digno, à igualdade na diferença, à reprodução físico-cultural, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pensou-se na possibilidade de vir a servir como meio de difusão de conhecimento acerca desses direitos aos índios, bem como de trazer ao ambiente acadêmico uma situação que é corriqueira às diversas etnias. Também tem por escopo romper com as amarras do colonialismo que nos rodeiam e que utilizam formas de opressão e ocultamento de identidades indígenas, levando-as ao extermínio.

A identidade dos índios vincula-se à sua forma cultural de habitar as terras e de fazer uso dos recursos naturais nelas

existentes que não somente é fonte de subsistência, como também de preservação do meio ambiente. A terra é a base de produção e sustentáculo da identidade étnica (OLIVEIRA, 1998), sendo uma premissa à fruição dos demais direitos. Nesse sentido, o artigo não trata apenas de uma questão sobre conflito agrário, mas da necessidade de (r)existência étnico-cultural dos povos indígenas ante a colonialidade de poder⁴ que se verifica tanto à nível local, como regional e global.⁵

Ao longo da leitura, será possível perceber que a epistemologia indígena é fortemente ligada às vontades da natureza. Essa noção de mundo entra em conflito com a de atores sociais e governamentais que possuem concepções socioeconômicas, pautadas em leis nacionais e internacionais, que permitem uma relação de domínio dos recursos ambientais. A exterminação das identidades indígenas relaciona-se à

⁴ Índios e não índios encontram-se numa relação de “colonialidade de poder” (QUIJANO, 2005) que desde tempos remotos sustenta uma suposta superioridade/inferioridade. Essa relação baseia-se em dicotomias como “cultura científica/cultura literária, conhecimento científico/conhecimento tradicional, homem/mulher, cultura/natureza” (SANTOS, 2000, p. 739).

⁵ O julgamento da Petição nº 3.388, a respeito da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, instituiu como marco temporal ao direito à terra indígena a data de promulgação da Carta Magna, ou seja: 05.10.1988. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 19.03.2009). Embora o Supremo Tribunal Federal tenha definido que o marco temporal se aplicaria somente a esse caso, em 2015, aplicou, também, para anular a demarcação das Terras Indígenas de Guyraroka, dos Guarani Kaiowá, e Limão Verde e Buriti, dos Terena. Não bastando, em 20.07.2017, foi emitido parecer pela Advocacia Geral da União e assinado pelo Presidente da República, Michel Temer, com o mesmo entendimento quanto ao marco temporal. Muito vem sendo discutido a respeito da natureza desse parecer. Uns entendem que seja apenas opinativo, não tendo força vinculante, e até mesmo inconstitucional (nesse sentido, ver: http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=9395&action=read Acesso em: 02.08.2017). Outros afirmam que o parecer é vinculante, o que significa que toda a administração federal deverá incorporar elementos da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol (nesse sentido, ver <http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=9393> Acesso em 02.08.2017). Outra transgressão aos direitos indígenas ocorreu em 21.08.2017, quando o Ministério da Justiça anulou a Portaria nº 581 de 2015 que reconhecia 500 hectares da Terra Indígena do Jaraguá, pertencente ao povo indígena Guarani, em São Paulo. Segundo a decisão, a área “foi demarcada sem a participação do Estado de São Paulo na definição conjunta das formas de uso da área” reduzindo-a para apenas 3 hectares. A anulação propiciará a privatização da Unidade de Conservação, Parque Estadual do Pico do Jaraguá (https://piib.socioambiental.org/pt/noticias?id=181337&id_pov=76 Acesso em 22.08.2017). O artigo não objetiva o aprofundamento dessas questões e etnias, trazendo-as apenas para ilustrar a problemática que assola os povos indígenas brasileiros.

degradação do meio ambiente, tratando-se, portanto, de um estratégia político-econômica.

Dessa forma, conservar a vida, concepções identitárias, heranças de pensamentos e sabedorias significa cultivar a alteridade e uma perspectiva de solidariedade intercultural, alcançando uma consciência de humanidade planetária. Isso implica diálogo e salvaguarda de direitos que garantam a diversidade cultural, condições de igualdade e dignidade. Esses direitos estão previstos em tratados internacionais e são constitucionalmente outorgados aos membros da sociedade nacional, mostrando-se fundamentais a uma convivência justa e pacífica da sociedade.

O artigo aborda as normativas internacionais elaboradas à proteção dos povos indígenas a partir da perspectiva descolonial, demonstrando eventuais falhas do sistema. Quanto ao SIDH, este é responsável pela salvaguarda e subsistência dos povos indígenas. Isso porque seus julgados dão esperanças à ratificação de violências praticadas ou permitidas pelo Estado brasileiro, bem como dialogam com os saberes indígenas.

O caminho metodológico aponta-se na construção de um diálogo entre o saber científico ocidental e o entendimento de que natureza e sociedade constituem-se de objetos e fenômenos dependentes entre si e que se condicionam numa relação de troca. Como resultado, ocorrem reações no *modus vivendi* circundante dos índios, ainda que condicionadas a forças contraditoriamente articuladas, geradoras de raízes, identidades e conflitos.

Nesse sentido, o prisma epistemológico ofertado pelo Direito, que se baseia em fatos e normas predefinidas, permite examinar positivamente quais os direitos violados e os princípios gerais que melhor esclareçam a controvérsia. Já a base empírica do estudo, amparada pela ótica antropológica, demonstra o ponto de vista dos sujeitos e evidencia suas práticas e saberes locais, indagando se a questão analisada tem algo a dizer sobre o universal, a fim de compreender o etnocultural Chiquitano. Dessa forma, o estudo

etnográfico permite aquilatar as mudanças no modo de vida percebidas pelas comunidades Chiquitano.

A exploração científica desta questão conduz ao estudo e entrecruzamento de diversos vieses epistemológicos. Implica na interface de campos do conhecimento, como direito, história, geografia geral e regional, sociologia e antropologia, donde emerge o caráter interdisciplinar que propicia o processo de tradução e diálogo entre saberes.

A FUNAI providenciou o reconhecimento étnico do povo Chiquitano somente no final da década de 1990, revelando uma situação complexa e pouco estudada sob a ótica jurídica, antropológica e histórica. Portanto, promover uma abordagem jurídica sobre os possíveis direitos humanos violados nas comunidades Chiquitano reveste-se de caráter urgente e prioritário para uma das mais obscuras questões do indigenismo mato-grossense na atualidade. Certamente, uma análise do ponto de vista do direito poderá fortalecer o processo de luta do povo indígena Chiquitano para terem suas terras tradicionais demarcadas.

2. Povo indígena chiquitano: um estudo etnográfico e as repercussões dos conflitos socioambientais no poder judiciário

O povo indígena Chiquitano origina-se de uma amálgama de etnias fusionadas nas missões jesuíticas implantadas nos anos de 1691 a 1760. Recebeu essa designação do naturalista francês Alcides d'Orbigny durante sua visita à Bolívia, em 1831, como uma atribuição genérica aos índios que habitavam a região. Nos dias de hoje, os Chiquitano ocupam terras nos dois lados da fronteira Brasil-Bolívia, na hinterlândia das cabeceiras do rio Paraguai com a do rio Guaporé, no Brasil, e, a Oeste, com o rio Guapay, em solo boliviano. Dados de 2008⁶ demonstram que, em Mato Grosso,

⁶ Trata-se de dado trazido por Moreira da Costa (2006) pautado em relatório elaborado por Grupo de Trabalho da FUNAI. Para aproximar-se de uma noção mais atualizada, pesquisas documentais

estima-se uma população de 2400 índios vivendo em trinta e três comunidades nos municípios de Cáceres, Porto Esperidião, Pontes e Lacerda e Vila Bela da Santíssima Trindade, formando um contínuo fronteiriço. (MOREIRA DA COSTA, 2006).⁷

O Tratado de Madri, firmado entre Portugal e Espanha em 1750, estimulou o povoamento da Província de Mato Grosso com a utilização da mão de obra indígena pelos Portugueses, sendo que a do Chiquitano era considerada especializada na produção de redes, mantas, alimentos. Um século depois, a Lei de Terras (1850)⁸ e o Tratado de Ayacucho (1867)⁹, intensificaram a ocupação das terras Chiquitano, tidas como devolutas pelos fazendeiros e destacamentos militares. (MOREIRA DA COSTA, 2006).

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, segunda constituição do Brasil e

realizadas nesse mesmo órgão, em 2014, possibilitou-me auferir a existência de 137 famílias somente no município de Vila Bela da Santíssima Trindade, mais especificamente, na Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrri; dados coletados nesse mesmo período apontam que Fazendinha e Acorzal possuem cerca de 384 moradores; em Vila Nova Barbecho, 90 moradores; em Santa Luzia, 130.

⁷ Moreira da Costa (2006) aponta a existência de trinta e uma comunidades. No entanto, em 2017, ocorreu divisão interna que originou as comunidades *Notchopro Matupama* e *Nautukich*, de acordo com entrevista realizada virtualmente com membro Chiquitano, totalizando trinta e três comunidades. *Notchopro Matupama* adveio da comunidade Central e *Nautukich* da Acorzal. De acordo com Moreira da Costa (2006), são consideradas comunidades os núcleos de famílias Chiquitano, mesmo que em algumas se observe a presença significativa de não índios.

⁸ Promulgada por Dom Pedro II, trata-se da primeira iniciativa brasileira no sentido de organizar a propriedade privada, que até então não possuía nenhum documento que regulamentasse a posse de terras. Foi aprovada no mesmo ano que a Lei Eusébio de Queirós, que previa o fim do tráfico negreiro e sinalizava a abolição da escravidão no Brasil. Em razão da preocupação de fazendeiros e políticos latifundiários de que negros pudessem vir a se tornar donos de terras, foi estabelecido também por essa lei que as terras só poderiam ser adquiridas por compra e venda ou doação do Estado. Portanto, não era mais permitido obter terras por meio de posse (usucapião). Aqueles que já ocupavam algum lote recebiam o título de proprietário, mas desde que residissem e tivessem produtividade na localidade.

⁹ Celebrado em La Paz, Bolívia, também conhecido como Tratado da Amizade ou Tratado Muñoz-Netto. Declarou paz entre o Império Brasileiro e a Bolívia, bem como estabeleceu a possibilidade legal de navegação e tráfego. Assim, foram recuadas as fronteiras bolivianas a favor do Império Brasileiro. As embarcações bolivianas passaram a ter acesso aos rios brasileiros. O extrativismo da borracha na região tornou-se o novo projeto de vida de nordestinos que buscavam fugir da seca, o que resultou em maior povoamento da região. Em 1898, a Comissão Demarcadora de Limites demonstrou que parte do Acre pertencia à Bolívia. Acontece que essa divisão territorial entre os Estados-nação ocultava os verdadeiros donos das terras: os indígenas que ali viviam.

primeira de sistema republicano de governo, as terras devolutas foram transferidas à competência dos governos estatais. Estes expediram títulos de domínio de terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas que não tinham seus territórios reconhecidos, gerando muitos conflitos agrários e socioambientais.

Na guerra do Chaco, entre a Bolívia e o Paraguai, no início do século XX, índios Chiquitano lutaram no exército boliviano. Este foi um momento muito difícil para sobrevivência da etnia, pois o exército boliviano obrigou homens e meninos a entrarem no combate. Várias famílias Chiquitano fugiram da Bolívia para o Brasil, a fim de pouparem seus filhos da guerra que os dizimou em grande parte e dispersou muitas comunidades no Brasil, pois o exército boliviano entrava em terras na fronteira brasileira para arregimenta-los para a guerra.

Além disso, a regularização fundiária efetuada pelo INCRA nas terras tradicionais pertencentes aos Chiquitano, a partir de 1970, permitiu a expansão de grandes latifúndios, o que contribuiu ao aumento das dificuldades de sobrevivência desse povo. (MOREIRA DA COSTA, 2006; SILVA, 2004).¹⁰ Assim, comunidades Chiquitano tiveram suas terras parceladas em diminutos lotes que, posteriormente, foram adquiridos por fazendeiros. Alguns índios, sob coação, acabaram abandonando seu local de origem e, por não terem para onde ir, ocupam faixas de servidão de estradas e periferias de municípios próximos. Os que resistem em suas terras estão cercados e encapsulados por fazendeiros, confinados em pequenas áreas comunais. Desde então, assistem aos recursos naturais necessários a sua sobrevivência físico-cultural serem transformados em pastagens, ironicamente por sua própria força de trabalho que, muitas vezes, é realizada de forma análoga à escravidão.¹¹

¹⁰ Durante pesquisa documental realizada na FUNAI, em 2014, foi possível auferir que, em 08.01.2013, o Ministério Público instaurou, por meio da Portaria nº 2, Inquérito Civil Público para apurar o envolvimento do INCRA no processo de parcelamento das terras tradicionais Chiquitano.

¹¹ Durante pesquisa de campo, por meio de formulário dialogado, foi relatado por membros Chiquitano a forma como realizavam os trabalhos para fazendeiros que, nos termos da Constituição Federal de 1988 e das leis infraconstitucionais, configurariam trabalho análogo à escravidão. Isso

Em decorrência desse histórico processo de esbulho, discriminação e silenciamento, apenas quatro, das trinta e três comunidades Chiquitano, se declaram indígenas. Por isso, o presente artigo elege, especificamente, a trajetória das comunidades Chiquitano: Fazendinha e Acorizal (localizadas nas Glebas Casalvasco, Tarumã e Santa Rita), Vila Nova Barbecho e Nossa Senhora Aparecida (situadas na Gleba Tarumã). Em outra conformação, também objeto deste estudo, a Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrrs, composta por Chiquitano moradores de bairros periféricos do município de Vila Bela da Santíssima Trindade, todas elas em Mato Grosso.

No final dos anos de 1990, o licenciamento ambiental para a construção do Gasoduto Bolívia-Mato Grosso¹² indicou a necessidade de demarcação das terras Chiquitano ao longo da fronteira brasileira. Diante de tal condicionante, o Estado brasileiro

porque, a exemplo da comunidade Vila Nova Barbecho, os índios chegavam a ficar mais de doze horas dentro das águas de rio da região, incentivados por pinga para permanecerem com seus corpos quentes quando no inverno. As condições da comida e o local onde se alimentavam eram impróprios. Além disso, um dos fazendeiros que chegou a morar na região destruiu a roça da comunidade, forçando-os a comprarem alimentos produzidos em suas fazendas, bem como as ferramentas de trabalho em mercearia próxima. No final do mês, ficavam endividados e não tinham dinheiro para receber. Após a chegada da FUNAI, no final da década de 1990, essa situação cessou, mas não se sabe ao certo como os trabalhos são empreendidos por aqueles que não se autodeclaram indígenas, pois preferem silenciarem-se a perderem o trabalho.

¹² A efetivação desse projeto foi impedido por movimentos sociais bolivianos, incidente denominado “Guerra do Gás”. A construção da estrada fazia parte do projeto de desenvolvimento do Eixo Andino (Venezuela, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia) operado pela Iniciativa de Integração da Infraestrutura Sulamericana (IIRSA), que objetivava implementar interesses do Eixo Interoceânico Central (Sudeste brasileiro, Paraguai, Bolívia, norte do Chile, sul do Peru), bem como do Eixo Perú-Brasil-Bolívia. A IIRSA é um programa composto por 12 países da América do Sul que visa promover a “integração sul-americana” a partir da modernização conjunta da infraestrutura de transporte, energia e telecomunicações. Para isso, seria necessário a construção da referida estrada que passaria por territórios indígenas na fronteira Brasil-Bolívia, almejando a exploração e exportação dos recursos naturais pela Petroandina e pela Petrobrás. A construção da estrada para ligação dessas regiões, em nome do desenvolvimento econômico, seria realizada pela empreiteira brasileira OAS, financiada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). O Eixo Peru-Bolívia-Brasil permitiria a expansão do comércio destes países com a Ásia. (SANTIAGO; BELLO, 2017). Essa política de desenvolvimento buscava uma dependência dos países centrais. No entanto, acabou por demonstrar não a integração do Sul, mas uma interrelação de interesses de mercados globais e de subimpérios calçados na degradação ambiental e extermínios de etnias indígenas. (SANTIAGO; BELLO, 2017).

concedeu maiores recursos à FUNAI a fim de que promovesse a identificação e delimitação da Terra Indígena Portal do Encantado, como pressuposto à construção de estrada que passaria pelo território indígena.¹³ Assim, parte da área foi reconhecida como pertencente às comunidades Acorizal e Fazendinha, no entanto, a portaria que assim a declara foi suspensa por decisão judicial¹⁴.

Pesquisas iniciais sobre o processo histórico de esbulho das terras onde se encontram os Chiquitano, desde a chegada do INCRA, indicam transgressão ao direito à vida. De acordo com dados coletados, por meio de questionário esquematizado realizado em pesquisa de campo no ano de 2014, existe a possibilidade de trabalho em condições análogas à escravidão desde o parcelamento das terras indígenas. Isso, bem como o histórico de preconceito, degradação ambiental, restrições à reprodução físico-cultural ocasionam fortes transformações no modo de vida do povo indígena Chiquitano.

Conforme relatos dos indígenas, também foram desrespeitados os direitos à integridade física e psíquica, em razão dos maus tratos dos gerentes para submetê-los a jornadas extensas de trabalho e em condições degradantes, bem como

¹³ A Funai é responsável por orientar e executar a demarcação de terras, nos termos da Diretoria de Proteção Territorial (DPT), conforme disposições da Lei nº 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), do Decreto nº 1.775, de 08.01.1996, e do Decreto nº 7.778, de 27.07.2012, que determina as atribuições da FUNAI.

¹⁴ Depois de todo o trâmite do processo administrativo demarcatório, de competência da FUNAI, foi publicada no D.O.U. (Diário Oficial da União) em 31.12.2010, a Portaria nº 2219/2010 do Ministério da Justiça. No entanto, esta encontra-se suspensa desde 2011. Isso porque foi concedida tutela antecipada no Processo nº 0000151-76.2011.4.01.3601, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal da subseção judiciária em Cáceres, distribuído em 13.01.2011, cuja parte requerente é possuidora de fazenda na mesma área. Após a declaração do reconhecimento da Terra Indígena (ato do Ministro da Justiça) e sua homologação (ato do Presidente da República), não há mais possibilidade, pela via administrativa, de contestação por interessado, devendo o caso, necessariamente, ser levado à análise do Judiciário. De acordo com o Código Civil, o prazo para que seja feita a contestação de uma portaria que homologa uma terra indígena, bem como da declaração de posse indígena, é de 15 anos e começa a contar da publicação da portaria. Exceto tratando-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Estado, situação em que será de 120 dias, nos termos do artigo 110, parágrafo único e do artigo 247, § 1º, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (vide Ação Civil Ordinária AgR 365, MT, de relatoria de Aldir Passarinho, 1987).

quando encontravam-se doentes ou a fim de obrigá-los a realizar determinada tarefa. Após a chegada da FUNAI, no final da década de noventa, essa situação atenuou em razão do atendimento que passou a fornecer à etnia. No entanto, alguns fazendeiros passaram a negar trabalho àqueles que se declaram índios, sendo que estes dependem da venda da mão de obra para sobrevivência. O histórico de preconceito e silenciamento faz com que muitas comunidades Chiquitano neguem sua identidade indígena, dificultando os trabalhos da FUNAI.

A comunidade Vila Nova Barbecho, localizada na Gleba Tarumã, está um longo período privada de água. Isso porque embora o córrego São Pedro passe por ela, suas águas banham, primeiramente, as terras da fazenda vizinha, homônima ao do rio, que utilizava o córrego para abastecimento do gado a ela pertencente, deixando-o impróprio ao uso humano. Em junho de 2015, o proprietário da fazenda foi multado por poluição e danos ao córrego pelo Juizado Especial Volante Ambiental (Juvam) da Comarca de Cáceres.¹⁵ Em razão das constantes ameaças empregadas aos índios pelo então proprietário da fazenda São Pedro, em 2006, o Ministério Público instaurou processo¹⁶ no qual foi decidido que, ainda que não tenha demarcação definitiva das terras pela FUNAI, se construísse um poço semiartesiano. A decisão judicial também estipulou a delimitação de uma área exclusiva de 25 hectares para a comunidade e o acesso comum à área da fazenda para a coleta de matérias-primas para confecção de seus artefatos e subsistência.

O acesso comum à área da fazenda é evitado pelos índios, em razão de ameaças sofridas ao tentarem coletar de matérias primas, caçar e pescar. O material para construção do poço ficou muito tempo parado na comunidade, já que a empresa responsável

¹⁵ Conforme notícia divulgada no site oficial do Tribunal de Justiça de Mato Grosso <http://www.tjmt.jus.br/noticias/40117#.WYJA5ITyviU> Acesso em: 02.08.2017.

¹⁶ Ação Civil Pública nº 0001482-69.2006.4.01.3601 que tramita na Justiça Federal da subseção judiciária de Cáceres.

se recusa a construí-lo em decorrência de ameaças efetuadas pela fazenda quando da tentativa de construção. Não bastando, o material desapareceu, deixando os índios desesperançosos quanto à possibilidade de terem água potável na comunidade. O processo, em fase de execução, ainda não promoveu medidas para a efetiva construção do referido poço, mesmo se tratando de um bem universal necessário à sobrevivência e dignidade. Essa situação evidencia a morosidade e inefetividade do Poder Judiciário.

A fim de suprir a escassez de água potável, uma missão religiosa construiu um poço semiartesiano, mas, ainda assim, insuficiente ao abastecimento das 18 famílias da comunidade¹⁷, pois fornece pouco volume de água e não funciona em dias nublados, já que é movido a energia solar. Em entrevista realizada virtualmente no início de agosto de 2017, membro indígena da comunidade de Vila Nova Barbecho mencionou que a fazenda aparenta possuir novo proprietário que desmata e implanta pasto. A utilização da água do córrego continua sendo evitada pelos índios em razão da desconfiança de emprego de agrotóxicos na plantação aos arredores do córrego.

Na Gleba Casalvasco, resistem diversas comunidades ao longo do rio Barbados, dentre elas a de Nossa Senhora Aparecida, única da região que se identifica indígena, motivo pelo qual é alvo de constantes ameaças.¹⁸ Embora a FUNAI tenha dado início ao estudo de identificação e delimitação,¹⁹ este não pode ser concluído, pois parte significativa dos membros da comunidade não se identificam como indígena, em decorrência do histórico de preconceito e silenciamento.²⁰

¹⁷ Dado encontrado em uma das petições da Funai no processo.

¹⁸ Denúncias encaminhadas ao Ministério Público Federal culminaram na instauração do Inquérito Civil Público, por meio da Portaria nº 033/2012, com o fito de apurar o conflito entre Nossa Senhora Aparecida e a Fazenda São João do Guaporé, esta, localizada dentro da referida comunidade.

¹⁹ Estudo instaurado pela Portaria nº 686/2003, publicada no D.O.U. em 16.07.2003.

²⁰ O procedimento de demarcação de terras é composto pelas seguintes fases: fase de identificação e delimitação, fase de demarcação física, fase da homologação e fase do registro das terras indígenas.

Muitas famílias Chiquitano dependem da venda de mão de obra e dos favores dos fazendeiros que passaram a recusar trabalho àqueles que se autoidentificam indígena. Por isso, muitos, com medo de não terem para onde ir ou como viver, bem como, por vezes, envergonhados, em razão do preconceito da região para com indígenas, preferem silenciar-se. A situação, além de dificultar os trabalhos da FUNAI, tem gerado conflitos internos que perduram há mais de uma década.

Em Vila Bela da Santíssima Trindade, em 2014, foi possível entrevistar o indígena Chiquitano Antônio Leite, à época líder de 137 famílias que vivem, em sua maioria, no Bairro Aeroporto. A comunidade, chamada de Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrrs, que na língua significa “espírito protetor das águas”, reivindica o retorno para suas terras tradicionais, a maior parte localizadas na Gleba Casalvasco, mais especificamente na região de Baía Grande. Ainda no mesmo ano, em carta ao Ministério Público Federal, Antônio Leite relatou a ação de expulsão de suas terras de ocupação tradicional, praticada por autoridades locais e fazendeiros, bem como a prática de violência às famílias indígenas.

Os conflitos agrários perpetuados nas comunidades de Fazendinha, Acorizal, Vila Nova Barbecho, Nossa Senhora Aparecida e Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrrs, entre 1970 a 2017, demonstram a vulnerabilidade que o povo indígena Chiquitano se encontra.

3. Violação de direitos humanos dos índios chiquitano e a jurisprudência do SIDH

Antes de adentrar na análise da possibilidade de resolução da questão da violação dos direitos humanos dos Índios Chiquitano pelo SIDH, que é um ator intencional importante pela salvaguarda

Portanto, logo na primeira fase, identificação e delimitação, o procedimento administrativo frustrou-se por não preencher o requisito da autoafirmação da etnia.

e subsistência dos povos indígenas, faz-se necessário um breve panorama acerca das *competências* do SIDH

3.1 O SIDH

A Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, criou seu próprio sistema de proteção de direitos humanos. Esse sistema possui duas bases legais principais: a Carta da OEA (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), esta última também chamada de Pacto San José da Costa Rica.

Relativamente a proteção dos direitos temos, no Continente Americano, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é composto por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão é um órgão político, sediado em Washington, EUA, e, embora não admita comunicações contra um Estado-parte que não tenha reconhecido sua competência, representa todos os Estados-partes que integram a OEA. Este órgão objetiva promover observância e defesa da integridade humana por meio de formulações de recomendações aos governos, bem como responder a solicitação de informações sobre medidas adotadas em matéria de direitos humanos.

São também atribuições da Comissão: Averiguação de violações de Direitos Humanos para posterior remessa à Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos; estimular a observância do Pacto de San José da Costa Rica; efetuar recomendações; preparar estudos e relatórios; solicitar informações dos Estados-parte; Atuar no recebimento e processamentos das petições individuais e das comunicações. Tem legitimidade para peticionar perante a Comissão: vítimas, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização.

Corte Interamericana de Direitos Humanos que é um órgão jurisdicional²¹ e todo Estado-parte pode, no momento da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da referida convenção como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial.²²

O artigo 61-1 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a possibilidade de submissão de caso à análise da Corte Interamericana somente pela Comissão Interamericana e pelos Estados-membros, ou seja, não permite o acesso direto do indivíduo à Corte. No entanto, após a etapa de submissão de caso, as inovações trazidas pelo III e IV Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos possibilita a participação do indivíduo no processo, autorizando que representantes ou familiares das vítimas apresentassem, de forma autônoma, suas próprias alegações e provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas.

Depois esta breve resumo do SIDH, na próxima parte nos analisaremos a possibilidade de utilizar o SIDH para defender os direitos dos Índios Chiquitano.

3.2 Violação de direitos humanos dos Índios Chiquitano e a Jurisprudente do SIDH

Embora a Constituição Federal reconheça o direito às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, o direito à

²¹ Atualmente o cargo de presidente da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos é ocupado por Roberto Figueiredo Caldas, juiz brasileiro que ingressou em 2013 no sistema. Trata-se do segundo brasileiro presidente, sendo o primeiro Antônio Augusto Cançado Trindade.

²² O Brasil aderiu à cláusula em 2002, condicionando sua aplicabilidade aos fatos posteriores a 10/12/1998: "Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998." (Decreto Nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, publicado no D.O.U. em 11.11.2002).

reprodução físico-cultural, o direito à dignidade e a um meio ambiente sadio, a interpretação desses direitos pelo Poder Judiciário²³ evidencia interesses voltados à colonialidade do poder que utiliza também da morosidade na (não) concessão de direitos. São diversas as faces da opressão e elas refletem interesses imperialistas que vão de encontro ao *modus vivendi* dos povos indígenas que possuem relação de harmonia com a Natureza. Importante destacar que formas de ataque e enfraquecimento da identidade indígena implicam no extermínio da etnia, tratando-se, portanto, da maior estratégia da colonialidade do poder referida alhures.

Diante da situação que essa etnia se encontra e, levando-se em conta a morosidade e inefetividade das decisões do Estado brasileiro na resolução do conflito agrário das comunidades indígenas Chiquitano, aponta-se aqui a possibilidade do caso ser analisado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, a seguir, faz-se uma análise dos direitos humanos violados.²⁴

O fato de alguns índios não terem para onde ir quando do parcelamento de suas terras, da década de 1970 em diante, e a impossibilidade de viverem de acordo com seus usos e costumes vai de encontro com o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Encontram-se restringidos ao acesso a matérias-primas para confecção de artefatos, que, por vezes, são destruídas, por se encontrarem no interior de fazendas as quais implantam pastos, agricultura, criam gados. Isso implica na violação ao direito à vida, pois altera ou impede a reprodução físico-social dos Chiquitano, que diz respeito ao modo de agir, fazer e viver instituídos em uma maneira própria de viver.²⁵ O

²³ A exemplo do marco temporal fixado no caso Raposa Serra do Sol que abre precedentes.

²⁴ De acordo com Martín e Rodríguez-Pinzón (2006, p. 68-69), “se um peticionário simplesmente sustenta que uma decisão de um tribunal nacional foi errada em termos da legislação interna, sem alegar violação da Convenção, a petição será rechaçada” e, ainda, de acordo com a Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), “O ônus da demonstração é do demandante” (2010, p. 76).

²⁵ Sobre o direito à vida, a Corte Interamericana, no caso Yakye Axa versus Paraguai (2005, p. 161 e 162), entendeu que: a) “esse direito compreende não só o direito de todo ser humano de não ser

mesmo com relação à indicação de agressões psíquicas, morais e físicas advindas de trabalho em condições análogas à escravidão, situação ocasionada pelo parcelamento das terras tradicionais. Cançado Trindade (1993, p. 181-182) define o direito à vida como:

Em suma, o direito básico à vida, abrangendo o direito de viver, acarreta tanto obrigações negativas quanto positivas em favor da preservação da vida humana. Seu gozo é pré-requisito para o exercício dos outros direitos humanos. Ele pertence à esfera dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim ilustrando a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Estabelece um “elo” entre os domínios do ordenamento internacional dos direitos humanos e da legislação ambiental. É inerente a todos os indivíduos e a todos os povos, com especial aplicação às condições essenciais de sobrevivência. Tem, por extensão e corolário, o direito ao meio ambiente sadio e o direito à paz (e ao desarmamento). Em sentido amplo, está intimamente relacionado com o direito ao desenvolvimento como um direito humano (o direito de viver tendo satisfeitas as necessidades humanas básicas). E encontra-se, enfim, na origem da mais recente *ratio legis* do ordenamento internacional dos direitos humanos e do meio ambiente, voltado à proteção e à sobrevivência do ser humano e da humanidade.

A ausência de demarcação de terras destinadas aos Chiquitano transgride o direito à propriedade privada e à proteção judicial, de acordo com os artigos 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A convenção não conceitua propriedade, mas estabelece que se trata de uso e gozo dos seus bens. A jurisprudência do SIDH entende que a propriedade de grupos indígenas vincula-se ao exercício de direitos correspondentes à vida, liberdade, integridade, honra, segurança, saúde, circulação, residência, dignidade e autodeterminação, ressaltando, também, a importância das terras. (TEIXEIRA, 2011). A cosmologia indígena

privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não sejam geradas condições que o impeçam ou dificultem o seu acesso a uma existência digna”; b) “o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna”; c) que tais medidas devem ser “prioritárias” em casos de “pessoas em situação de vulnerabilidade e risco”.

atrelada à relação que as etnias mantêm com a natureza, rios, florestas, animais, montanhas, necessita de um meio ambiente sadio, sob pena de vários direitos humanos desses povos, garantidos pela Convenção Americana, serem violados.²⁶ A Convenção 169 da OIT, entende propriedade da seguinte forma:

Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

A Convenção Americana não se preocupou em fixar o conceito de propriedade, mas estabeleceu, em seu artigo 21.1, que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens”, de maneira

²⁶ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos definiu o direito de propriedade dos povos indígenas, no caso relacionado às Comunidades Indígenas Maia, do Distrito de Toledo, *versus* Belize (2004, p. 122), da seguinte maneira: “Mais particularmente, os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm admitido que os povos indígenas desfrutam de uma relação particular com as terras e recursos tradicionalmente ocupados e usados por eles, daí porque essas terras e recursos são componentes integrais da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas e, mais amplamente, da efetiva realização dos seus direitos humanos.” No caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus* Nicarágua (2001, p. 149), a Corte Interamericana reforçou o entendimento de que “entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a titularidade desta não se centra no indivíduo”. No caso *Yakye Axa versus* Paraguai (2005, p. 135), a Corte reconheceu a forma “particular de ser, ver e agir no mundo” e no caso *Comunidade Sawhoyamaxa versus* Paraguai (2006, p. 130), compreendeu a relação dos índios para com a terra e os recursos naturais que vai além do meio de subsistência, englobando, também, questões relacionadas às suas “cosmologia, religiosidade” e “identidade cultural”.

que, via de regra, não pode ser delas privada. Os artigos 4, 5, 11, 12 e 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos demonstram, ainda, que o direito à propriedade, relacionado à questões ambientais, reflete o exercício do direito à vida, à integridade pessoal, à honra, à dignidade, à liberdade de religião, à circulação e de residência. Esse entendimento, utilizado pelas decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, serve de reforço não apenas aos direitos civis, como também mostra-se uma ferramenta de proteção de grupos vulneráveis, no que tange aos seus direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, as demandas e reivindicações levadas ao sistema evidenciam a peculiaridade de suas relações com a natureza, bem como a possibilidade de novas interpretações dos direitos humanos.²⁷

As comunidades indígenas Chiquitano encontram-se privadas de suas terras e, conseqüentemente, dos recursos naturais delas provenientes. A Declaração da Assembleia das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) reconhece que o acesso dos povos aos recursos naturais constitui forma de manutenção de suas estruturas políticas, econômicas, sociais, culturais e de tradição espiritual. Reforça, ainda, a necessidade de obrigação estatal no sentido de instituir mecanismos voltados à prevenção e ressarcimento de:

- a) Todo ato que tenha por objetivo ou conseqüência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica;
- b) Todo ato que tenha por objetivo ou conseqüência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos.
- c) Toda forma de

²⁷ A reparação do dano ambiental dissocia-se dos mecanismos tradicionais de fixação pecuniária, só sendo fixados quando da impossibilidade de atribuição que efetive o retorno ao *status quo* ou minimize a degradação ambiental ocorrida. Nesse sentido entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgado do caso *Awais Tingni versus Nicarágua* (2001) ao determinar, além de medidas de proteção à propriedade coletiva dos indígenas, indenização pecuniária à comunidade, representada por obras e serviços de benefício coletivo. No caso *Yakye Axa versus Paraguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as violações às garantias judiciais, proteção judicial, propriedade e à vida de membros da comunidade indígena fossem compensadas por entrega gratuita de terras, bem como o fornecimento de bens e serviços por certo período.

transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos. d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas. e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles. (Artigo 8.2).

Como mencionado alhures, a comunidade Chiquitano Nossa Senhora Aparecida encontra-se encapsulada e sofre constantes ameaças ante à falta de demarcação de seu território tradicional. A Portaria Ministerial nº 2219/2010, suspensa por ato judicial desde 2011 configura uma estratégia de poder praticada pelo Estado brasileiro que coloca as comunidades Acorizal e Fazendinha em situação de vulnerabilidade. A Aldeia Urbana Aeroporto Hitchi Tuúrns, composta por Chiquitano expulsos de suas terras, coloca-os em situação de desalento para continuidade de suas práticas tradicionais de pesca, confecção de artefatos, rituais, pois a ligação quem mantém com a terra e o que ela repercute foi-lhes tirada. A identidade indígena desse povo encontra-se abalada em decorrência do histórico de preconceito e silenciamento, o que os coloca em risco de extermínio, em decorrência de ações e omissões estatais.

Também em decorrência da não demarcação de terras, a comunidade Vila Nova Barbecho está há muito tempo privada de água, por ser imprópria ao uso humano, mesmo depois de decisão judicial que determinou a construção de poço, bem como realização de estudo antropológico para andamento do processo de demarcação da terra.²⁸ Conforme preconiza o artigo 5.1 da

²⁸ Na resolução do caso Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o direito à vida dos demandantes foi cerceado, pois o Estado falhou na oferta de serviços à saúde: “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e intimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que em ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para

Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito à vida está relacionado à integridade da vítima, não se limitando a casos de agressão física, mas também psíquica e moral. Nesse sentido também é o Informe Anual da OEA (1988, p. 322):

A essência da proteção legal a que está obrigado um Governo é a de garantir as aspirações sociais e econômicas de sua gente, dando prioridade às necessidades de saúde, alimentação e educação. Priorizar ‘os direitos de sobrevivência’ e ‘as necessidades básicas’ é uma consequência natural do direito à segurança pessoal.

Os artigos 11, 17.1 e 19 da Convenção Americana asseguram, respectivamente, a proteção à vida familiar e à infância. O artigo 19 reconhece que o Estado, a família e a sociedade devem utilizar “medidas de proteção” em prol do bem-estar das crianças²⁹ e das mulheres. De acordo com o relatório da United Nations Population Fund – UNFPA (2001), nas áreas rurais em que se pratica atividades agrícolas, é comum a utilização de pesticidas em água, terra e ar, ocasionando a erosão de solo, a escassez de água. Segundo a pesquisa, isso afeta, em especial, à saúde das mulheres, pois o contato das

obter alimento y agua limpia”. (CORTE, 2005, p. 167). O Informe 69/04 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2004), a respeito do caso *San Mateo Huanchor versus Peru*, explana que o direito à vida digna e à integridade de comunidades locais estava afetado em função do contato destas com resíduos tóxicos advindos de atividade de exploração mineral.

²⁹ As medidas de proteção à infância foram definidas pela primeira vez pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Crianças de Rua (Niños de La calle) Villagrán Morales e outros versus Guatemala* (2011). Nele, a corte estabeleceu os seguintes parâmetros: a) evitar que as crianças sejam lançadas à miséria garantindo-lhes condições dignas; b) assegurar assistência pessoal às crianças privadas de seu meio famílias, vítimas de abandono ou exploração, proporcionando-lhes condições de reinserção social; c) observar os dispositivos da Convenção dos Direitos das Crianças. Em questões ambientais, casos destacam a necessidade de dar especial proteção às crianças. Exemplo disso são: a) o caso da Comunidade n’adjuka marron, de Moiwana, *versus Suriname* (2005); b) o caso *Yakye Axa versus Paraguai* (2005); c) o caso *Sawhoyamaya versus Paraguai* (2006). De acordo com esses julgados, o distanciamento dos *enxet-leguas* de suas terras tradicionais resulta em prejuízo à saúde das comunidade indígenas. Os membros indígenas, principalmente as crianças, por não possuírem condições de pesca, caça e coleta de frutos, encontravam-se vitimadas pela desnutrição infantil, queda do rendimento escolar, prejuízos à fase do crescimento e sintomas de anemia maligna tropical como inchaço da barriga, descoloração do cabelo decorrente da falta de proteína no corpo e retardo no desenvolvimento intelectual.

gestantes com produtos químicos tóxicos ocasiona distúrbios renais, contaminação do leite materno, aumento de casos de abortos naturais, natimortos e mortes perinatais.³⁰

O artigo 1.1 da Convenção Americana impõe aos Estados-partes o dever de garantir os direitos por ela previstos “a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. O artigo 24, do mesmo dispositivo, complementa esse entendimento de igualdade perante a lei a todos, sem discriminação, e foi esclarecido pela Opinião Consultiva OC 4/84:

A noção de igualdade é (...) incompatível com toda situação que, por considerar superior determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, ao inverso, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine da fruição de direitos que se reconhecem a quem não se considera incurso em tal situação de inferioridade. (p. 55, 1984).³¹

A jurisprudência entende haver uma interconexão entre questões ambientais e a garantia de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, previstos no artigo 11 do Protocolo de San Salvador e no artigo 15 da Carta Democrática Interamericana.³²

³⁰ A situação viola os direitos das mulheres, previstos na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a chamada Convenção Belém do Pará, que reconhece, em seu artigo 9º, como condição de vulnerabilidade: gestantes, deficientes, menores de idade, idosas.

³¹ Tradução livre.

³² O Sistema Europeu, no julgamento do caso *López Ostra versus Espanha*, constatou que a construção de uma planta de tratamento de resíduos tóxicos, apesar de trazer benefícios à comunidade, implicava aos moradores o convívio com mau cheiro e poluição, o “Estado não alcançou equilíbrio justo entre o interesse econômico e o bem-estar da localidade” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1994, p. 58). No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o princípio da igualdade e o da proibição da discriminação são utilizados como fundamentação de julgados relativos à construção de grandes barragens e hidroelétricas que, embora representem benefícios à economia do país, afetam em demasia a vida das comunidades locais. Nesse sentido são os casos: 1) Medida Cautelar das Comunidades Indígenas Ngobe e outros (MC 56-08, de 17.06.2009), no qual constatou-se, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a violação de direitos, em especial o de propriedade das comunidades afetadas pelo projeto hidrelétrico Chan-75; 2) Comunidade de Rio Negro, do Povo Indígena Maia e seus membros,

Conforme explica Alan Boyle (2010), a proteção ambiental no Sistema Interamericano de Direitos Humanos decorre da análise de três concepções: 1) a relação do direito ambiental com questões de violação a direitos civis e políticos da questão em análise, principalmente no que tange ao direito à informação, participação política e desenvolvimento de medidas jurídicas protetivas; 2) a relação do acesso a um meio ambiente sadio, equilibrado e decente a questão que envolva direito cultural, social e econômico, como os direitos ao desenvolvimento e ao acesso à saúde; 3) a concepção de qualidade ambiental como um direito coletivo, de solidariedade, ou seja, que propicia um bem direcionado muito mais à necessidade de gerenciamento e proteção pela coletividade do que propriamente por um grupo de indivíduos.

versus Guatemala (Informe 13/08, de 05.03.2008), na qual a construção de represa de Chixoy resultou no massacre da comunidade indígena local; 3) Medida Cautelar da comunidade indígena do Xingu *versus* Brasil (peticionada em 2010), na qual pleiteou-se a suspensão de licenciamento ambiental para construção da usina hidroelétrica Belo Monte, no Rio Xingu, Pará. A Asociación Interamericana para La Defensa Del Ambiente (AINDA) entendeu que a construção acarretava vários danos, como: a) danos irreversíveis ao direito de acesso ao ambiente sadio; b) remoção forçada de comunidades sem os devidos planejamento e ressarcimento; c) ausência de avaliação de impactos ambientais; c) falta de consulta prévia e participação pública; d) violação aos direitos de propriedade de povos indígenas; e) falta de acesso à informação e à justiça; f) cerceamento do direito de protesto das comunidades mediante hostilidades, ameaças e assassinatos; 4) No julgamento do caso Yanomami *versus* Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que a construção de uma estrada que passava pelo território da etnia violava o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à preservação da saúde e do bem-estar, todos reconhecidos pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Resolução 12/85, caso 7.615, de 05.03.1985, constante no Relatório Anual da CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 ver. 1, 01.10.1985, 24, 31). Constatou-se, quando da realização desse estudo, que o artigo 11 do Protocolo de San Salvador, utilizado nesse caso, passou sistematicamente a ser utilizado na proteção de direitos de comunidades indígenas levados posteriormente à análise pelo sistema; 5) No caso Comunidade indígena Awastingni Mayagna (Sumo) *versus* Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o Estado de Nicarágua, por não demarcar as terras dessa etnia, violou o direito à propriedade privada e à proteção judicial, preconizada nos artigos 21 e 25 da Convenção Americana (Sentença de 31.08.2001. Serie C, nº 79); 6) No caso referente à etnia Yakyé Axa *versus* Paraguai (Sentença de 17.05.2005. Serie C, nº 125); 7) Comunidade indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguai (Sentença de 29.03.2006. Serie C, nº 146); 8) povo quilombola Saramaka *versus* Suriname (Sentença de 28.11.2007. Serie C, nº 172). Nesses últimos casos, Corte levou em conta questões relacionadas ao meio ambiente, associando-as aos direitos civis e sociais; 9) Caso Claude Reyes e outros *versus* Chile: A Corte obrigou o Estado chileno a prestar esclarecimentos à população a respeito de um projeto de reflorestamento e evidenciou que os mecanismos e princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos devem ser utilizados por qualquer pessoa, independentemente de ser ou não pertencente a uma comunidade ou grupo indígena (Sentença de 19.09.2006. Serie C, nº 151). (TEIXEIRA, 2011).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece que o acesso desses povos aos recursos naturais implica na manutenção de suas estruturas políticas, econômicas, sociais, culturais e espirituais. A ação ou omissão do Estado em casos de desflorestamento e destruição de ecossistemas também viola alguns desses direitos, conforme o artigo 5.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo (1972) reconhece a relação entre questões ambientais e os direitos humanos. Como observa Teixeira (2011, p. 105-106):

No entanto, em que pese a universalidade, indivisibilidade e interconexão entre a proteção do meio ambiente expressa pelos direitos de solidariedade, apenas os civis, políticos, sociais, culturais e econômicos são objeto de sistemas de proteção aos direitos humanos da ONU e das organizações regionais. Isso faz com que a proteção por si só ao direito ao meio ambiente sadio torne-se impraticável. No entanto, o acesso ao meio ambiente sadio, quando interpretado como forma de exercício de uma série de direitos individuais e/ou coletivos, passa a ser um direito plenamente reivindicável.

Isso significa que o direito ao meio ambiente sadio é efetivado pelo sistema por meio da “via reflexa” ou por “ricochete” (GOMES, 2010, p. 167). Isso porque somente é reconhecido e exigido sua observância e efetivação quando necessariamente relacionado a violações de direitos humanos de cunho civil, político, econômico, social e/ou cultural. De acordo com Cançado Trindade (1993), trata-se de uma estratégia eficaz à proteção de grupos e coletividades em estado de vulnerabilidade decorrente da degradação ambiental. A Resolução 1819 da Assembleia Geral da OEA, de 05.06.2001, reforçou esse entendimento ao “ressaltar a importância de se estudar o vínculo que possa existir entre o ambiente e os direitos humanos”. De acordo com essa resolução, isso faz com que não só o artigo 11 do Protocolo de San Salvador, mas outros dispositivos também possam ser invocados como

“suporte interpretativo e de (...) aperfeiçoamento” da jurisprudência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

4. Considerações finais

A falta de demarcação de terras Chiquitano e os consequentes conflitos socioambientais acarretados, apontam, de acordo com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a violação dos seguintes direitos humanos: artigo I (direito à vida, liberdade, segurança e integridade); artigo II (direito de igualdade perante a lei); artigo III (direito de liberdade religiosa e culto); artigo XI (direitos à preservação da saúde e bem-estar); artigo XII (direito à educação); artigo XVII (direito de reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis); artigo XXIII (garantidor da propriedade).

O artigo 46.1, alínea a, da Convenção Americana, exige como requisito para envio de um caso à análise da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, o esgotamento dos recursos de jurisdição interna. No entanto, tratando-se de caso que envolva questão ambiental, os prejuízos podem ser irreversíveis às vítimas, permitindo exceção à regra.

Os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e, ainda, os ambientais, são recepcionados pela legislação internacional. A jurisprudência desse sistema mostra a proteção direta de todos, exceto o de cunho ambiental, reconhecido apenas quando relacionado a outro direito. Essa necessária vinculação significa que um bem ambiental somente é amparado pela via reflexa, ou seja, de forma indireta. A esse fenômeno dá-se o nome de *greening* ou “esverdeamento” do sistema (TEIXEIRA, 2011).

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos (assim como no Europeu), só se pode levar à Corte Interamericana de Direitos Humanos causas que envolvam a violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), de 1969, que não comporta em seu texto qualquer direito econômico, social ou cultural,

menos ainda de cunho ambiental. O que fazer então? O artigo demonstrou que existem técnicas e estratégias para que se submeta, com sucesso, uma questão ambiental no sistema regional interamericano, quando então se diz que o sistema “esverdeou-se”.

Assim, ante a ação e omissão do Estado brasileiro para como povo indígena Chiquitano, mostra-se completamente possível não só a análise pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como, também, o julgamento à favor de sua sobrevivência.

5. Referências

- ANAYA, S. James. Os direitos humanos dos povos indígenas. Tradução Bias Arrudão. In: ARAÚJO, Ana Valéria; et al. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Coleção Educação para Todos, 14. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 169
- ANKERSEN, Thomas T.; RUPPERT, Thomas K. Defending the polygon: the emerging human right to comunal property. *Oklahoma Law Review*. Norman: University of Oklahoma College of Law, nº 4, v. 59, winter, 2006.
- ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos indígenas e a Lei dos “brancos”*: o direito à diferença. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2006.
- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). *Guia de defesa ambiental*: construindo a estratégia para o litígio de casos diante do sistema interamericano de direitos humanos. Bogotá: Editorial Gente Nueva, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.
- BOYLE, Alan. *Human rights and the environment*: a reassessment. UNEP Human Rights and Environment. UNEP, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio-ambiente*: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford University Press, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Resolução de Medidas Cautelares Comunidades Indígenas Ngobe e outros*. MC 56-08, 17.06.2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso Comunidade de Rio Negro do Povo Indígena Maia e seus membros contra Guatemala*. Informe 13/08, 05.03.2008. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Guatemala844.05.sp.htm>. Acesso em 11 set. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo versus Belize*. Caso nº 12.053, Relatório 40/04, OEA/Ser.L/VI/II, doc. 5, rev. 1, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe Anual*. OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, ver. 1, de 16.09.1988. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap3.htm>. Acesso em 11.set. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso San Mateo Huanchor versus Peru*. Informe nº 69/04. OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5, rev. 1, out. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Yakye Axa versus Paraguai*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Moiwana versus Suriname*. Sentença de 15.06.2005. Série C, nº 124.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Ostra versus Espanha*. Sentença de 09.11.1994.

DAVIS, Shelton H.. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. In: *Mana*, Rio de Janeiro, v. 14, nº 2, Out. 2008. p. 574. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So10493132008000200014&lng=en&nrm=iso Acessado em: 04 ago. 2017.

- GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2010. v. III.
- KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.
- MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos povos indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília. Vol. 12 nº 98. Out. 2010/Jan. 2011. p...
- MARTÍN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN. *A proibição de tortura e maus-tratos pelo sistema interamericano: um manual para vítimas e seus defensores*. Tradução de Regina Vargas. Genebra: World Organization Against Torture (OMTC), 2006.
- MOREIRA DA COSTA, José Eduardo Fernandes. *A Coroa do Mundo: religião, território e territorialidade Chiquitano*. Cuiabá, MT. Editora da Universidade Federal de Mato Grosso, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Clacso, set. 2005, p. 227-278 (Colección Sur Sur). Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>. Acesso em 10 set. 2018.
- OPINIÃO CONSULTIVA. *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica, OC-4/84, de 19.01.1984*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em: 11 set. 2017.
- RAMÍREZ, Sergio Garcia. Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. In: *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Universidade Nacional Autónoma de México. nº 20, enero-junio 2009. p. 149-190. Disponível em: <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/15202>. Acesso em: 05 maio 2017.

SANTIAGO, Bernardo Xavier dos D.; BELLO, Enzo. Democracia e Bens Naturais na Bolívia do Vivir Bien: uma crítica a partir da colonialidade e da dependência. In: AVZARADEL; Pedro C. S.; PAROLA, Giulia; VAL, Eduardo Manuel (Orgs). *Democracia ambiental na América Latina: Uma abordagem comparada*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 81-110.

SCHADEN, Egon. *Leituras de etnologia brasileira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976 (Biblioteca Universitária, Série 2^a. Ciências Sociais. V. 7).

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

Audiência pública no processo coletivo

*Márcio Ricardo Staffen*¹

*Roberta Terezinha UvoBodnar*²

*Zenildo Bodnar*³

1. Introdução

A efetividade da concretização dos direitos fundamentais coletivos e difusos demanda um processo mais democrático. Democrático não apenas no sentido de manifestação de vontade, mas, no percurso da emancipação dos sujeitos e na difusão dos

¹Doutor em Direito Público pela Universitàdegli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito junto à Universitàdegli Studi di Perugia (Bolsa CAPES/PDE 88881.120155/2016.1). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - IMED. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (2014-2018). Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Heidelberg (Alemanha). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Professor nos cursos de especializações na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Universidade Franciscana (UNIFRA) e Faculdade Meridional (IMED). Advogado (OAB/SC).

² Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí em dupla titulação com a *WidenerUniversity - Delaware Law School*, Procuradora Federal. E-mail: roberta.uvo@agu.gov.br

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutorado em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós Doutorado em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutorado em Direito Ambiental pela Universidad de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Foi Juiz Federal e atualmente é Registrador de Imóveis. E-mail: zenildo@univali.br

poderes como instrumento de controle, fiscalização e pertencimento para além da esfera particular.

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica e de ataques intensos ao meio ambiente, caracteriza um novo tempo(STAFFEN, 2010, p. 97-108). Um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas e inteligentes formas de equacionamento.

Esta nova realidade impõe grandes desafios ao Poder Judiciário e exige novas formas de prestação jurisdicional, mais democráticas, eficazes socialmente, e comprometidas com os reais anseios da comunidade⁴, que transcenda a ideia de processo como direito subjetivo, e avance além da visão instrumental (DINAMARCO, 2005), presa as questões individuais, típicas do paradigma liberal-normativista e que, de alguma maneira, expõe a realidade surreal de Franz Kafka.

Neste estudo defende-se a necessidade de um processo mais democrático e participativo para o tratamento das lides com transcendência coletiva e difusa. Respostas jurisdicionais mais efetivas necessitam de uma nova construção processual⁵, capaz de resolver os problemas da atualidade. Pois, como é de notório conhecimento, as questões do século XXI são debatidas, ainda a partir da lógica jurídica do século XVIII, derivada imediata das glosas medievais. Sem demora, faz-se imperioso olhar o novo com a visão renovada.

⁴ Conforme explica PerézLuño: “[...] os novos direitos próprios da sociedade tecnológica, dentre os quais se inclui a qualidade de vida, requerem transformações estruturais e políticas ativas dos poderes públicos.” (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 491).

⁵ Neste cenário que se tem diante dos olhos, a(s) impotência(s) da instrumentalidade revive(m) as lembranças da portentosa obra de Machado de Assis. “Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz, nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. [...] Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas.” (ASSIS, 2007, p. 18).

Propõe-se a consolidação de uma nova cultura na prestação jurisdicional. Cultura esta que efetivamente contribua para a emancipação do homem na sociedade, dotada de sensibilidade moderna, com uma perspectiva mais humana, que efetivamente transforme o foro judicial em um espaço ampliado de cidadania substancialmente democrática⁶. Com urgência, na vigência do Estado Democrático de Direito, é preciso resgatar o devido processo legal material e, necessariamente o princípio do contraditório na óptica de ElioFazzalari⁷.

A realização de audiências judiciais mais democráticas e participativas é uma das principais estratégias que podem e devem ser implementadas para legitimar a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das Políticas Públicas, inclusive é a técnica mais adequada para estratégias de cognição mais abertas e acolhedoras conforme será demonstrado.

2. Por um processo civil mais democrático e efetivo

O Estado Democrático de Direito, premissa amplamente consagrada na Constituição Federal vigente, indica o percurso normativo que se pretende. Por consequência, na seara processual civil a nova normatização, consubstanciada na Lei 13.105/2015, demonstra o contexto democrático em coerência com o ditame constitucional.

Inicialmente, é pertinente destacar que “a percepção do Estado Democrático de Direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um judiciário comprometido com os valores

⁶Ressalte-se que, como bem orienta Miglino “La democrazia non è solo procedura. La stessa dialettica procedimentale è già un valore che presuppone l’operatività di altri principi: libertà di opinione e di parola, libertà di ottenere una imparziale e coretta informazione, pubblicità dei fatti che attengono alla sfera pubblica.” (MIGLINO, 2010, p. 57).

⁷ElioFazzalari (1925-2010) exerceu a docência na Universidade de Perugia, na de Pisa e na de Roma “La Sapienza”, da qual é Professor Emérito de Direito Processual Civil. Foi presidente da Associação Italiana de Estudiosos de Processo Civil. Dentre suas principais obras: Istituzioni di diritto procesuale e Lezioni di diritto procesuale.

sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir” (ABREU, 2011, p. 39).

Nesse sentido, Priscila de Sá (2016, p. 369) leciona que “parece inafastável a conclusão de que a democracia se realiza por meio do acesso à justiça e a prestação jurisdicional. A resolução do caso pelo Poder Judiciário se mostra como corolário da democracia na atual sociedade, complexa e de risco.”

Elaine Macedo (2015, p. 71) ao tratar sobre a perspectiva democrática no judiciário alude que “a democracia não se resume a uma questão matemática ou numérica, como se tudo se resolvesse pela vontade da maioria, o que é um equívoco já muito superado.”

Nas palavras de Pedro Abreu (2011, p. 140):

O judiciário, na democracia contemporânea, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.

Desse modo, é importante compreender que “o processo, como fenômeno jurídico, deve ser concebido, desenvolvido e praticado a partir da Constituição e dos valores nela consagrados [...]” (MACEDO, 2015, p. 85). Assim, a perspectiva processual deve ser pautada a partir da premissa basilar de efetivação de um direito justo e, sobretudo, democrático, como forma de integração entre os integrantes do contexto processual.

Por consequência, “a noção de democracia está intimamente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 441). Em complemento, democracia é difusão do poder, afinal, regimes democráticos que concentram poderes sob as mais diversas formas, são, em suma, oligarquias. Portanto, o poder só se

desenvolve de forma legítima quando compreende à participação social (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 441).

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 449):

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

Assim, tratar sobre a introdução do princípio democrático na seara processual, diz respeito ao vínculo estabelecido na participação social, como forma de conceder um processo dinâmico e justo, de modo que o corpo de sujeitos do processo não sejam mero espectadores dos direitos e sim destinatários e operados da norma jurídica.

Nesse contexto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 434) ensinam que:

A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os participantes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.

Na esteira do Processo Civil Democrático, Silva e Neves (2017, p. 101) destacam que este “se desenvolve em consonância com seus mais diversos sujeitos, os quais integram e representam a sociedade, atendendo a diferentes demandas, que podem ser coletivas ou individuais, com o intuito de buscar a ordem jurídica justa”. As autoras destacam, ainda, que “[...] a Constituição e o processo se complementam com o objetivo de preservar os valores democráticos postos pela própria sociedade e afirmados pelo Estado” (SILVA; NEVES, 2017, p. 101).

No que se refere à jurisdição, nota-se sua efetivação a partir da necessidade de judicializar os desencontros de determinados confrontos, especialmente quando a seara extrajudicial esgota seus recursos de pacificação.

De acordo com os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 152):

[...] a sociedade precisa da jurisdição não apenas porque os cidadãos não têm condições de autorresolver os seus conflitos. Mas especialmente porque a sociedade necessita de harmonia para poder se desenvolver. Por isso, a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a eliminá-los, ou melhor, a solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos reconheçam seu fim.

Priscila de Sá (2016, p. 364) ao analisar a perspectiva de um novo modelo paradigmático de construção do direito, sob a perspectiva da análise individualizada dos litígios, concluiu que “o que se busca é a construção de um processo democrático – com liberdade do juiz e participação das partes para se concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito.”

Assim, o princípio democrático no processo civil é construção basilar de uma nova perspectiva de direito a partir da construção participativa da sociedade, a qual se retira de sua inércia e se coloca como protagonista de sua capacidade de suscitar

o juízo quando entende a lesão de seus direitos. Sem contraditório, não há simetria de armas, paridade de tratamento e solução justa perante às manifestações de cada parte. Importante destacar, que distante de se pregar a judicialização do cotidiano, o que se pretende é criar um ambiente de justiça, de modo que quando necessário às partes possam entender que a participação democrática é o corolário de uma nova postura processual.

3. O processo como procedimento em contraditório: diálogo participativo

Ao longo dos períodos históricos os bens socialmente considerados de maior relevância foram incorporados em documentos escritos que buscaram estabelecer limites ao Estado, declarando direitos e assegurando medidas garantidoras das disposições declaratórias. Em face de novas ameaças novos posicionamentos a ciência jurídica deve adotar no intuito de estabelecer ou preservar o ordenamento jurídico de um dismantelamento que afetará diretamente a ordem social. Para tal afirmação a História é rica em exemplos: *Magna Charta*, *Bill of Rights*, Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, direitos sociais e, recentemente, direitos relativos ao meio ambiente, biodireitos etc.

Nesta linha de raciocínio, os direitos da coletividade, como é o caso do meio ambiente reclamam enquanto direitos difusos uma nova caracterização à teoria do processo. Tal renovação impõe uma compreensão própria que substitua a ideia de que o rito se fazia pelo rito e a forma se cumpria pela forma. A ciência processual não é só a ciência das petições, das provas, dos recursos, das execuções, das orientações jurisprudenciais, das formas, dos prazos (GONÇALVES, 2001, p. 47).

De igual forma, na vigência do Estado Democrático de Direito, fixar o conceito de processo como relação jurídica, na questão do direito subjetivo ou na teoria da situação jurídica

reproduz o problema do direito subjetivo como poder de exigir a conduta de outrem. A prática do processo como relação jurídica corrobora na noção de ascendência do sujeito ativo sobre o sujeito passivo (FAZZALARI, 2006, p. 76-84), uma vez que este é obrigado a satisfazer a vontade daquele não importando as razões da celeuma. Por sua vez, a teoria da situação jurídica dá um passo avante quando substitui a máxima da relação jurídica sustentada no direito subjetivo pela disciplina da lei que regula as faculdades, poderes e deveres. Isto, porém, é pouco. Apenas tira o processo da ideia de individualismo para centrá-lo num espaço normativo, ambos típicos do paradigma de Estado Liberal alicerçado no dogma da autonomia da vontade.

Por tudo o que já foi adiantado alhures, ElioFazzalari apresenta uma senda hábil ao escopo democrático-participativo do processo. Ao estabelecer com primazia a noção de processo como procedimento em contraditório, e fazer do contraditório o elemento distintivo de processo e procedimento, Fazzalari afastou o retrógado *clichê* da relação jurídica processual que sustenta a instrumentalidade do processo, capitaneada no Brasil por Dinamarco (2005) e alicerçada em Leibmann e Chiovenda, incapaz neste momento de dar respostas efetivas aos problemas sociais.

Neste quarto, a proposta do processo como procedimento em contraditório traduz o ápice do pensamento jurídico na condução efetivamente dialética e democrática do processo. É justamente o contraditório que distingui o processo do procedimento:

A referência à estrutura dialética como a *ratiodistinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o ‘processo’, como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Para se identificar, portanto, o processo é fundamental a participação dos destinatários da decisão em contraditório paritário. Isso não significa a mera participação dos sujeitos do processo, não é o dizer e o contra dizer, não se resume em discussão. De igual forma, o contraditório não se exaure com a mera oitiva da parte, cuja máxima ainda impera na noção de *audiatur (...)* et altera pars (visão instrumental). Para Gonçalves (2001, p. 127) o “contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”, como já havia registrado von Jhering, para quem a igualdade jurídica propiciada pelo contraditório é condição de justiça no processo (VON JHERING, 1956, p. 303-307).

Acrescente-se, que a exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari se opera em dois momentos, conforme atesta Rosa. Inicialmente com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, em seguida, num segundo momento, a *reazione*, revelada pela possibilidade de movimento processual, sem se constituir, todavia, em obrigação (ROSA, 2006, p. 264).

Deste argumento brota a noção de contraditório em simétrica paridade, que vincula compulsoriamente o autor, o réu, o interveniente, o juiz, o representante do Ministério Público (quando necessário) e seus auxiliares a atuarem em pé de igualdade. Aqui novamente visualiza-se um contraponto a noção instrumental do processo, pois garante a dialética participação não só de autor e réu, tradicionais destinatários do ato, mas também das demais pessoas envolvidas na atividade jurisdicional. Sob este enfoque, todos são partes, como bem observa Pellegrini (2003, p. 05-07).

Contudo, as lições de Fazzalari (2006, p. 49) não se encerram na noção de processo como procedimento em contraditório. Traz a baila o conceito de norma como um cânone de valoração de uma conduta, entendida como alguma coisa de aprovável, de preferível em determinada cultura. Assim, a exposição deste panorama

permite afastar a nefasta proposta de Kelsen que concentrou o estudo da juridicidade no ilícito, para quem o processo traduz um ilícito (GONÇALVES, 2001, p. 155). Para Fazzalari, portanto, o processo deve ser compreendido e praticado como uma garantia, logo, quando se inicia um processo não se exercita um ilícito, ao reverso, se pratica um direito constitucionalmente assegurado.

Embora já consignado, ainda vivencia-se um momento de solução de conflitos orientado pela matriz individual-liberal-normativista suportada pelo primado da auto-regulação. Todavia, como nos instrui Nunes, a noção de legitimidade está vinculada aos procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva do indivíduo na construção do provimento, sendo que a legitimidade do direito “se dá pela empreitada cooperativa, que se apresenta por meio de procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas” (NUNES, 2006, p. 52).

Neste quadro renovado, a Constituição passa a ser a pedra angular para a edificação de um sistema decisório democrático cultivado dialeticamente que, necessita ser compreendida, essencialmente, como a interpretação e a estruturação de um sistema de Direitos Fundamentais que subsidia as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação, nos dizeres de Oliveira (2001, p. 257).

É exatamente neste contexto comunicativo-processual-constitucional que o princípio do contraditório na percepção de Fazzalari ganha relevância, uma vez que defende um modelo substancial de participação, além de um simples procedimento.

Através do princípio do contraditório é que se estabelece racionalmente uma relação comunicativa [argumentativa] entre os destinatários do provimento jurisdicional, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Recordando as aulas de Física, o princípio do contraditório necessita urgentemente ser praticado

como uma força centrípeta que, por sua dinâmica tem o condão de trazer todas as considerações para o núcleo do processo.

Como bem observa Habermas⁸ (2003, p. 215), todo aquele que se envolve numa prática argumentativa tem que supor inicialmente que, em princípio, todos os possíveis afetados podem participar, na condição de livres e iguais de uma “garimpagem cooperativa” em busca da verdade, na qual a coerção que se admite é a do melhor argumento, exclusivamente. Logo, o processo deixa de ser uma luta, cujo objetivo é erradicar o adversário, para assumir o caráter de um jogo, em que impera a racionalidade dos atores que buscam vencer pela maior “liquidez” de seus argumentos (STAFFEN; CADEMARTORI, 2010).

Pela perspectiva habermasiana, pode-se afirmar que todos os participantes do processo, quaisquer que sejam seus fundamentos, fornecem, via princípio do contraditório, contribuições ao discurso que, praticado em simétrica paridade possibilitam que a decisão final seja uma “*fusão de horizontes*”, como quer Gadamer (2003, p. 591-592).

Não resta dúvida que, segundo Gonçalves (2001, p. 167):

[...] se lhes é garantido, pelo contraditório, a participação nos atos processuais que preparam o provimento, é uma consequência dessa garantia que as partes saibam por que um pedido foi negado ou por que uma condenação foi imposta. Elas viveram o processo, ou tiveram a garantia de vivê-lo, participaram do seu desenvolvimento, reconstruindo a situação de direito material sobre que deveria incidir o provimento e, nessa reconstrução, fizeram, juntamente com o juiz, o próprio processo, na expectativa do provimento final.

Por esta razão, a verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um

⁸ Nesta obra o autor propõe a superação da racionalidade prático-moral para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra que, pela linguagem visualiza a tensão existente entre factualidade e validade. É precisamente esse *feedback* que possibilita ao Direito uma vivência democrática de realimentação dialética.

consenso num ambiente de total liberdade e de simetria entre os envolvidos no diálogo discursivo-argumentativo (ATIENZA, 2003, p. 163).

Quando o objeto da lide envolve direitos difusos, como ocorre na tutela no ambiente, requer-se o engajamento do maior número possível de indivíduos, haja vista o real interesse de todos. Para tanto, é preciso constituir espaços de cidadania e democracia para tal tarefa. Ante o exposto, é evidente que o contraditório não se resume simplesmente em um princípio ou Direito Fundamental. Sua existência e satisfação substancial tipificam a materialização do Estado Democrático de Direito.

Assim, para que este seja realmente produtivo, há de se ter um verdadeiro espaço ao contraditório, cabendo aos órgãos jurisdicionais velar pela real simetria e equilíbrio das posições cultivadas discursivamente (IBÁÑEZ, 2009, p. 59-75).

É exatamente nesta perspectiva que está fundamentada a necessidade de realização de audiências públicas nos processos coletivos. Não há razão que sustente a defesa de bens jurídicos coletivos e difusos, essencialmente transindividuais, através de mecanismos excludentes e individualistas.

4. Audiência pública como instrumento de democratização do processo coletivo e de tutela do meio ambiente

A importância da participação no procedimento é destacada por Luhmann (1980, pp. 96-97), segundo o qual o que tem um valor especial é a cooperação de todos, fato que serve não apenas para a compreensão das “premissas obrigatórias de comportamento e de compromisso pessoal”.

O devido processo legal substancia para as lides coletivas deve ser construído a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais e da participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos e judiciais.

A participação é o ponto de partida para a proteção efetiva do meio ambiente. Ninguém vai salvar o planeta sozinho, pois somente o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais e do potencial ecológico do planeta é que garantirá um projeto civilizatório mais promissor para o futuro da humanidade.

A construção da decisão em matéria ambiental não deve prescindir da efetiva participação, especialmente considerando as suas necessárias imbricações dos fatores econômicos, políticos e sociais. A interação destes fatores potencializa o interesse da população na construção das decisões quer seja no plano legislativo, administrativo ou judicial.

A audiência pública apresenta vigoroso potencial emancipatório e de legitimação democrática, contribuindo sobremaneira com a oxigenação e dinamização do acontecer jurídico.

Conforme explica com grande autoridade Wolkmer (2007, p. 103-104):

É inegável que, em tempos de transição paradigmática, a configuração de uma perspectiva jurídica mais democrática, pluralista e participativa expressa a prática efetiva de subjetividades sociais, instituintes de “novo modo de vida”, projetando-se não só como fonte inovadora de legitimação de uma pluralidade emancipatória de direitos diferenciados, mas também como potencialidade privilegiada de resistência radical e contra-hegemônica aos processos de exclusão e desconstitucionalização do “mundo da vida”.

Oportuno salientar que o aspecto formal da realização das audiências públicas também deve ser especialmente cuidado, pois devem ser oportunizado um local acessível, horário adequado e condições para efetiva participação dos mais diversos atores envolvidos.

O Estado não deve abrir mão da parceria efetiva da sociedade civil na tutela do ambiente, pois foi exatamente da tomada da consciência coletiva da crise ecológica do planeta é que surgiu o Direito Ambiental e a melhor forma de enfrentar e

gerenciar este desafio é por intermédio de uma governança ambiental participativa.

Conforme afirma Torgerson (1999) o desafio da governança ambiental urbana como prática político - administrativa, no mundo todo ainda em estágio incipiente, consiste em buscar conciliar e integrar novas formas de participação popular e societal com práticas de democracia deliberativa, estimulando parcerias efetivas entre estado, sociedade civil, iniciativa privada e as comunidades locais, inclusive na implementação de políticas, programas e projetos e, finalmente, na consolidação de uma "*greenpublicsphere*".

Concluem com brilhantismo Marco Aurélio Costa e Bruno Cesar Favarão (2016, p. 128) que:

Se a governança é o campo em que se efetivam o entendimento e o sentido da implementação das leis e dos instrumentos da política urbana, a participação é o mecanismo necessário para que o resultado dos processos e experiências concretos possa, em alguma medida, refletir o sentido que inicialmente orientou a proposição dessas normas e desses instrumentos. Uma participação qualificada favorece gestões e governanças democráticas, transparentes e mais alinhadas com a efetivação do direito à cidade.

Para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões ambientais é de fundamental importância que participem da sua construção, pois como principais destinatários delas precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência.

Na atual sociedade de riscos incertos, globais e futuros é fundamental a participação de todos os atores na tomada de decisão. Esta necessidade é destacada por Morato Leite e Patrick Ayala (2004, p. 121) segundo os quais a composição de interesses e ponderações completas somente serão possíveis "mediante processos bem informados, que garantam participação pública e democrática no momento da seleção das escolhas adequadas". Especialmente porque a ciência não fornece respostas corretas e conclusivas acerca das

complexas questões da atual sociedade do risco, sendo imprescindível uma abordagem interdisciplinar. Isso tudo porque a gestão ambiental democrática, além de imprescindível, “é um convite à ação dos cidadãos para participar na produção de suas condições de existência e em seus projetos de vida” (LEFF, 2005, p. 57).

A possibilidade de convocação de audiências públicas, para a discussão de importantes temas de interesse coletivo, passou a ganhar especial atenção do legislador a partir da Constituição de 1988. O artigo 58, § 2º, inciso II, prevê a possibilidade de convocação de audiências públicas pelas comissões legislativas, com entidades da sociedade civil e com especialistas em determinadas matérias. A Lei Orgânica da Saúde (8.080/90) e a Lei de Assistência Social (8.742/93) também disciplinam a possibilidade de audiências e conferências públicas.

O Direito Ambiental Brasileiro, seguindo uma tendência mundial⁹, assegura ao cidadão a possibilidade de participar da política ambiental, nas diversas esferas de poder do Estado: a) Legislativo: no processo de criação do Direito Ambiental por meio de iniciativa popular, referendo e plebiscito; b) Executivo: composição de órgãos colegiados, a exemplo do CONAMA, e a participação em audiências públicas nos licenciamentos ambientais (nos casos de impacto ambiental mais significativo, conforme resoluções de nº 001/86 e 009/87 do CONAMA); c) Judiciário: legitimidade para propor: ação popular, mandado de segurança e mandado de injunção.

Apesar destas possibilidades, formalmente garantidas ao cidadão, o que se observa na prática é um grave déficit democrático, especialmente no que se refere ao acesso à justiça. Não há notícia de participação popular no processo de criação do Direito Ambiental no Brasil, pois os raríssimos casos em que ocorreu a iniciativa popular, plebiscito e referendo, trataram de outros temas.

⁹ A participação no processo de licenciamento é assegurada como estratégia democrática de implementação ambiental nos seguintes países: Canadá, França, Suíça, Noruega, Itália, Grécia e é recomendada por diretiva para todos os países da União Europeia.

A participação do cidadão nas audiências públicas realizadas na fase do licenciamento, apesar de constituir um importante avanço esta estratégia de legitimação ainda não vem sendo utilizada adequadamente. Especialmente pela falta de conscientização da população, pela falta de oportunidade de manifestação qualificada para o público em geral e até em função dos locais e horários em que estas audiências são realizadas.

O que é mais relevante destacar, a partir do que a prática demonstra, é a carência de legitimação democrática para a gestão e implementação das políticas públicas e das decisões em matéria ambiental no âmbito da jurisdição. Logo, a questão que se levanta é a viabilidade democrática de decisões judiciais sobre bens coletivos e difusos que não conseguiram envolver uma pluralidade substancial de destinatários do provimento.

No Direito Brasileiro o cidadão, apesar de o maior interessado na tutela do ideal meio ambiente, foi praticamente esquecido pelo legislador que somente reservou algumas hipóteses restritas que possibilitam a sua intervenção. A Lei da Ação Civil Pública, apesar da inclusão recente da Defensoria Pública como legitimada, ainda exclui, numa opção infeliz e autoritária, a participação ativa do cidadão da tutela do meio ambiente ao negar ao maior advogado do meio ambiente o poder de ação que é uma forma de exercício substancial de democracia. No caso da Ação Popular a participação do cidadão na tutela do meio ambiente, mesmo após o advento da Constituição de 1988, ainda é restrita aos casos em que há participação do Poder Público, pois exige que atos ou omissões deste sejam impugnados.

Neste contexto, é fundamental que o cidadão tenha oportunidade de participar, como sujeito ativo e protagonista das decisões ambientais, por intermédio das audiências públicas judiciais, contribuindo com o tratamento adequado das lides ambientais. Esta abertura para o protagonismo real e concreto significa também prestígio, não apenas aos saberes locais, mas aos poderes locais que emergem diretamente da sociedade que

conhece, cuida e luta pelos seus legítimos interesses, pois é no seu espaço de vida local que as coisas efetivamente acontecem.

A convocação de audiências públicas no processo judicial deverá em todos os casos em que a participação popular seja relevante em razão do alto grau de litigiosidade e da quantidade de direitos fundamentais envolvidos e em rota de colisão. Até mesmo o grande potencial da mediação judicial pode ser adequadamente explorado e utilizado por intermédio das audiências públicas.

A democratização do Acesso à Justiça Ambiental, com ampla participação popular, por intermédio de audiências públicas judiciais, é a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário na tutela do ambiente, pois também servirá como mecanismo estratégico de conscientização e educação ambiental.

É com a cooperação de todos e com a inteligência coletiva que será possível assegurar a proteção efetiva dos interesses e direitos fundamentais envolvidos direta ou indiretamente nos litígios ambientais, em especial a garantia plena da higidez ambiental para uma melhora contínua das condições de existência humana no planeta.

A audiência pública seguramente pode ser um procedimento que densifica e legitima a tomada de decisões em contextos de complexidade, potencializa a interdisciplinaridade e a participação. Conforme destaca Pilati (2015, p. 71) é a “grande ágora procedimental em que se encontram as forças sociais para autocomposição, processada na esfera constitucional soberana da Sociedade”.

No âmbito específico do Supremo Tribunal Federal já foram realizadas diversas audiências públicas também para legitimar de maneira democrática e plural o protagonismo da jurisdição.

Destaca-se que a audiência pública apesar de ter também a finalidade de informar e de dar publicidade ao conflito na sua profundidade, não é mera consulta pública. Como esclarece Pilati (2015, p. 49) é “um processo de deliberação, que se conclui com uma decisão coletivamente construída pelos condôminos do

objeto”, destacando exatamente a dimensão coletiva desta inovadora e versátil estratégia procedimental.

5. Considerações finais

Uma jurisdição coletiva, adequada e efetiva, necessita também de técnicas que potencializem a democratização do processo e assegurem a participação direta dos cidadãos nos procedimentos jurisdicionais.

Para tanto, faz-se imperioso inaugurar uma nova concepção de teoria do processo que, fundamentalmente promova a garantia do processo como procedimento em contraditório; um processo de inclusão dos indivíduos em um ambiente dialético, no qual se reconhece o mérito de tratar cada sujeito do direito como igual e idêntico.

A melhor forma de assegurar o princípio da participação no processo judicial é a realização de audiências judiciais participativas, nas quais deve ser oportunizada a participação direta dos cidadãos, de especialistas na matéria e das autoridades públicas, tudo para a construção conjunta da decisão mais justa e consequente.

Desta forma, a discussão não se apresenta somente sobre o tipo de processo que se possui e as consequências da sua prática irrefletida, mas, sobretudo, impõe uma meditação sobre o tipo de Estado que se vislumbra.

6. Referências

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo judicial como locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Quincas Borba*. São Paulo: Escala Educacional, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

- BERI, Mario *et alli*. La magistratura nello stato democratico. *Quaderni di Iustitia*. n. 18. Padova: Giuffrè, 1989.
- BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral* (TannerLectures, 1986). In: _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Trad. Flavio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder judicial e democracia política: lições de um século. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, n. 85, p. 381, mar. 2002.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

- LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia MathildeEndlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 57.
- LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck. *Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades do risco: direito, ciência e participação*. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros Filho. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição. Brasília: UnB, 1980.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto*. In: Macedo, Elaine Harzheim; Hidalgo, Daniela BoiteMaurmann (orgs.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- MIGLINO, Arnaldo. *La democrazia come diffusione del potere*. *Archivio giuridico*. Roma, v. CCXXX, n. 1, p. 57, 2010.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NALINI, José Renato. *O futuro das profissões jurídicas*. São Paulo: Oliveira Medes, 1998.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

- OLIVEIRA, Marcelo AntonioCattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de ElioFazzalari. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, ano 2, p. 05-07, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SÁ, Priscila Zeni. *Crise da Democracia e Participação por meio do processo: poderes do juiz no novo CPC*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; Pedro Miranda de Oliveira (Orgs.). *Panorama Atual do Novo CPC*. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97>. Acesso em 10 jul. 2018.
- STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre ElioFazzalari e Jürgen Habermas. *Revista Brasileira Direitos Fundamentais& Justiça*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito PUC/RS, a. 4. n. 12, jul. set. 2010.
- STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. A ética neoliberal e o princípio constitucional da eficiência administrativa: (im)possibilidade de flexibilização do direito fundamental ao meio ambiente. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 12, n. 23, p. 97-108, jan-jun. 2010.
- VON JHERING, Rudolf. *A evolução do direito*. Salvador: Progresso, 1956.

**A proteção constitucional a direitos transindividuais
e a necessidade de se repensar a relação
entre ilícito civil, dano e processo:
o exemplo privilegiado da tutela inibitória,
ressarcitória na forma específica e de remoção do
ilícito nas ações ambientais e de consumidores**

Cristiano Becker Isaia¹

1. Introdução

A característica repressiva (sancionatória) e não preventiva é uma das mais importantes marcas do direito processual civil vinculado à tradição romano-canônica de processo. De igual modo, ao paradigma filosófico racionalista. Isso porque, a uma, vem do direito romano a estreita vinculação entre o ato ilícito e sua consequência tradicional: o dano. Noutras palavras, pela referida tradição, só há que se falar em ação processual decorrente de ato ilícito em havendo prova do dano, resultado do nexo de causalidade entre conduta e resultado. A duas, porque reside na

¹Doutor e pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Professor da AntonioMeneghetti Faculdade. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria. Autor das obras *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica* (2011), *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença liminar de mérito* (2012) e *Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar numa filosofia do processo* (2017). Autor de diversos artigos científicos publicados em periódicos renomados. E-mail: cbisaia@gmail.com

ideologia racional-iluminista uma atuação jurisdicional subordinada à reprodução das palavras da lei, que deveria conter um só sentido e assim ter desvelada a sua verdade².

A doutrina civilista, ao tratar do tema responsabilidade civil, também o associa ao dever de reparar um dano a quem deu causa. Sem dano, sem responsável. Tome-se a título exemplificativo e em representação a tantos autores da área a clássica obra de Rui Stoco intitulada Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. Segundo o autor (1999, p. 61-62), não se cogita da responsabilidade jurídica (no texto, em contraposição à responsabilidade moral) enquanto não há prejuízo. Daí que a responsabilidade civil envolveria o agente que pratica o ato ou infringe a norma, o atingido por isso, o nexa causal entre ambos e o prejuízo ocasionado, bem como a sanção aplicável e a reparação, esta consistente no retorno da situação fática ao status quo antea produção do dano.

A obrigação de indenizar resultante dessa compreensão se conectaria ao direito processual civil na mesma medida em que o conceito de ação processual está relacionado à primitiva *actio romana* e, séculos após, à influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Isso porque o direito romano concebia a ação como o direito de exigir aquilo que é devido, ou seja, aquilo que a outra parte deve prestar em relação à dada obrigação decorrente do contrato ou do delito (SILVA, 1997, p. 64-65). Veja-se que, nesse passo, a própria função jurisdicional foi reduzida ao procedimento da *actio*, que pressupunha sempre uma obrigação como causa (SILVA, 2008, p. 194-195).

Já as filosofias racionalistas (e sua neutralidade), que a seu modo mantiveram o direito processual civil afastado do mundo da

²A investigação desses dois elementos (influência da tradição romano-canônica de processo e os reflexos do paradigma racionalista no direito processual civil) em conexão às dificuldades de afirmação das tutelas preventivas deve-se principalmente ao saudoso processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva, notadamente nas obras intituladas *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica* (1997) e *Processo e ideologia: o paradigma racionalista* (2004).

vida e, assim, aprisionado a uma série de dogmas e conceitos, foram decisivas – a partir da sedimentação dos postulados da verdade, certeza, poder, etc. e de um sistema jurídico geometricamente completo – à transformação de direitos em obrigações (declaradas) no ambiente processual, especificamente no processo de conhecimento.

Disso se verifica o estreito vínculo entre responsabilidade, dano, obrigação e declaração (em processo), o que de algum modo explica a tradicional dificuldade de aceitação de tutelas unicamente preventivas, até mesmo porque nestas, em especial para este estudo a inibitória, não há dano, não há repressão ou sanção. Há tão somente prevenção. Por influência da filosofia racionalista que concebeu um direito processual civil imóvel e atemporal, geometricamente estruturado a repreender, onde a função jurisdicional está limitada à declaração da vontade contida na lei (Hobbes), é visível o ranço da doutrina de processo em conceber a incidência da jurisdição processual a atos ainda não ocorridos, os quais constituem o sentido das tutelas preventivas.

O ser dessas tutelas, principalmente na feição inibitória, é o da probabilidade de ato contrário ao direito, não de dano, razão pela qual cede a certeza matemática em prol da aparência. Isso faz lembrar Ovídio Baptista, para quem “Se o magistrado deve prover para o que possa ocorrer no futuro, a sentença terá de apoiar-se em juízos hipotéticos. Em última análise, seu juízo será, nestes casos, necessariamente condicional, com o risco de a sentença não representar a vontade do legislador, mas a vontade do juiz, caso em que a sentença, dizia Hobbes, seria por definição injusta. A dificuldade encontrada pela tutela preventiva reside nisto” (2004, p. 99).

Mas afinal de contas, qual o objetivo em se investigar esta questão? Ele caminha na mesma direção do dever constitucional de proteção de direitos fundamentais, em especial os de natureza transindividual, como os relacionados ao meio ambiente e aos direitos de consumidores. Isso porque tais direitos não são necessariamente patrimoniais, e por isso não podem ser

necessariamente reparados monetariamente, o que leva à necessidade de se investigar o ilícito civil e suas formas de tutela enquanto mecanismos protetivos de direitos. Neste particular, impossível deixar de reconhecer o trabalho profundo e sério dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni³⁴, Sérgio Cruz Arenhart⁵ e Joaquim Spadoni⁶, que pioneiramente reconheceram a importância da investigação do tema.

Nesta pesquisa utilizou-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica. O retorno ao desvelamento. A recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de “método”. A matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa então compreender a realidade abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na applicatio, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica. Já os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico.

2 As tutelas contra o ato ilícito na perspectiva de proteção constitucional a direitos transindividuais

Realmente não há como dar azo à consecução das previsões constitucionais a respeito da matéria relacionada ao direito

³ Consultar: *Tutela inibitória: individual e coletiva*, 1998.

⁴ Consultar: *Tutela inibitória*, 2002.

⁵ Consultar: *Perfis da tutela inibitória coletiva*, 2003.

⁶ Consultar: *Ação inibitória*, 2007.

ambiental e ao direito dos consumidores sem que se leve a sério a complexidade das tutelas contra o ato ilícito, em especial as preventivas, o que inclusive encontra respaldo no artigo 5.º, XXXV, da CF, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal previsão leva a crer que a Constituição se preocupa em que se evite a violação a direitos, exigindo a construção de sistemas e medidas de caráter executivo com tendência direta à obtenção de provimentos protetivos de direitos fundamentais.

Em vista disso, e como reação ao legado de uma tutela eminentemente repressiva no universo do direito processual civil – onde o ato ilícito pressupõe a ocorrência do dano e o corolário da condenação ao resultado equivalente, fenômeno que, como se viu, apresenta-se diretamente relacionado à influência da tradição romano-canônica processual e ao paradigma racionalista – o código de processo civil de 2015, no parágrafo único do artigo 497, reconheceu que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito, ou sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

A tutela específica condiz com o direito material. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 503), trata-se de uma modalidade processual que contraria a lógica da tutela pelo resultado equivalente ao valor do dano. E é gênero, cujas espécies são as tutelas inibitórias, de remoção do ilícito, ressarcitória na forma específica, específica do cumprimento de dever legal de fazer, do adimplemento na forma específica e do adimplemento perfeito. Por opção metodológica, a presente pesquisa investigará as três primeiras.

O supracitado dispositivo legal, portanto, traz previsão expressa de mecanismos processuais que se destinam a impedir a ocorrência de um ato ilícito, podendo ir além para possibilitar a imposição a alguém a fazer algo quando este alguém ameaça não fazê-lo (MEDINA, 2016, p. 797), o que incluiu a tutela de remoção

do ilícito e a tutela ressarcitória na forma específica, para além das medidas repressivas tradicionais.

O mais interessante é que a referida previsão legal desassocia a proteção de direitos à ocorrência do dano, tutelando processualmente o ilícito não danoso. Assim, o ressarcimento passa a não ser a única forma de tutela contra o ilícito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 301). A ideia do legislador, ao que parece, é a de evitar a ocorrência de atos ilícitos a direitos invioláveis e a consequente lesão a bens jurídicos a eles correspondentes, rompendo com o paradigma processual que estabeleceu vínculo medular entre o reconhecimento do ato ilícito somente na ocorrência de evento danoso e seu equivalente monetário. Por isso, tem maior serventia a direitos que não podem ser reparados pecuniariamente.

É o que ocorre, a título exemplificativo, com o direito ambiental e de consumidores. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 299), tais direitos dependem de uma tutela séria contra o ato ilícito, já que “as normas atributivas de direitos nada valem sem a disposição de formas de tutela dos direitos. Uma norma que atribui ou afirma um direito inviolável obviamente só tem sentido quando tem ao seu lado uma forma de tutela capaz de impedir a violação”. Para os processualistas, contudo, nestes casos está-se a trabalhar num contexto de iminente ameaça a direitos e por isso se impõe o acompanhamento da trajetória da agressão. Bastaria, nessa senda, que um só ato violasse uma norma dessa natureza para que viesse à baila a possibilidade de instituição processual da tutela prevista no artigo 497, parágrafo único, do código de processo civil de 2015, sem que para tanto preexistisse fato danoso (2017, p. 299).

Obviamente que, na ocorrência do dano, estar-se-ia diante das tutelas repressivas e da afirmação da responsabilidade civil, condicionada pela tradição à ocorrência de evento danoso. Neste trabalho deu-se foco, como mais a frente se poderá verificar, à tutela ressarcitória na forma específica.

Nos casos em que o dano ainda não ocorreu, o que interessa com mais ênfase a este estudo (principalmente diante das peculiaridades da tutela inibitória e de remoção do ato ilícito), a tutela preventiva tem o condão de assumir o protagonismo procedural na defesa do direito, razão pela qual a ideia é justamente a de evitar a lesão, o dano em si. Conforme a lição de Medina, o que deve ficar esclarecido em relação a isso é que o processo, nestes casos, tem por escopo a tutela contra um ato ilícito potencialmente gerador de evento danoso, sem necessidade de se fazer prova do risco de ocorrência do dano (2016, p. 798).

Elementos procedurais que visam à tutela contra ato ofensivo a direito não podem ter unicamente como consequência o ressarcimento do valor correspondente à lesão. No seio desta pesquisa, o ato que se está preponderantemente a investigar é contrário ao direito, não estando necessariamente condicionado à preexistência do dano em si, que pode até jamais ocorrer ou é, no mínimo, de ocorrência eventual.

Não há como pensar essa questão de forma desassociada dos propósitos do Estado Constitucional. Lembre-se que o Estado Constitucional dos séculos XVIII e XIX (de atuação absenteísta) não mais satisfaz as exigências da coletividade, dando proeminência ao limite estatal em relação a seu então poder de interferência diante do indivíduo. Esse quadro se alterou sensivelmente com o constitucionalismo do século XX, que trouxe aos textos constitucionais a chamada *questão social*, fazendo-o através de uma intenção protetiva dos direitos sociais, o que exigiu uma maior interferência do Estado em relação aos mesmos (ISAIA, 2017, p. 154-155).

Mesmo ante a crise do Estado Constitucional Social é possível qualificar o direito (e em especial a jurisdição, como órgão legitimado a “dizê-lo”) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do Poder Executivo, aproximou o Estado da sociedade civil a partir da possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer

exigir o cumprimento dos direitos de ordem social, o que se intensificaria no Estado Constitucional Democrático de Direito: um Estado transformador, fruto de conquistas que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecer – os direitos individuais, concentrando-se nos movimentos sociais. E que, dessa forma, agregou o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo por intermédio da vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade com um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e difusos.

A jurisdição processual, nesse contexto, passou a ter uma importante contribuição na instituição da questão social, no interior da qual o direito assumiu um novo papel transformador, superando o próprio modelo de Estado Social (STRECK, 2004, p. 03). Processualmente falando, isso levou à necessidade de instituição de formas de tutela também protetivas, diretamente condizentes a textos constitucionais de característica comunitária.

A tutela cautelar foi a grande precursora disso. Ao conceituá-la – principalmente em razão da premissa sedimentada desde Calamandrei, referente ao fato de que aquela sempre fora provisória, já que dependente de um procedimento (principal) definitivo –, Ovídio Baptista, contrariando o renomado processualista italiano, teve o cuidado de alertar que o desiderato do processo cautelar era o de assegurar a realização dos direitos subjetivos, sem satisfazê-los. A não satisfação, portanto, revestida pelo objetivo da asseguuração (proteção) do direito subjetivo, consistiria a marca fulcral dos procedimentos cautelares (2007, p. 26).

Na mesma toada de evolução do Estado situa-se a dos direitos fundamentais. Sobre eles, ensina Ingo Sarlet (1998, p. 46-47) que, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram os mesmos por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, natureza e eficácia. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos

fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e quinta geração.

É justamente na geração que se preocupou com a instituição dos direitos de natureza transindividual de fraternidade e solidariedade à presente e futura geração que este trabalho se conecta, dada principalmente a necessidade de *prevenção* desses direitos, o que agora é possível associar mais diretamente aos intentos do Estado Constitucional Democrático de Direito. A ênfase foi dada às formas de tutelas processuais capazes de evitar a ocorrência de eventos danosos oriundos de ato ilícito, já que a preocupação, nestes casos, é com o ato contrário ao direito, e não necessariamente com o ressarcimento do dano. Como leciona Marinoni, a ideia reclama a tutela jurisdicional para que os efeitos concretos do ato ilícito sejam evitados (2017, p. 302). E isso se coaduna perfeitamente ao desiderato protetivo presente na modalidade estatal democrática de direito.

É, portanto, constitucional o motivo pelo qual, nas tutelas a que se está a focar, não há necessariamente dano a gerar indenização, mas uma simples conduta ofensiva a direitos, o que não retira dos legitimados à sua defesa a possibilidade de requererem sua proteção pela inibição de prática delituosa ou a remoção de efeitos concretos do ilícito, ambas hipóteses contempladas pelo código de processo civil de 2015 no parágrafo único do artigo 497.

As demandas processuais de natureza comunitária, que neste trabalho vinculam-se diretamente à proteção dos direitos fundamentais transindividuais, serviram com o viés de “pesquisa aplicada” ao estudo. Isso porque é justamente nelas que se desvela a transcendência dos limites do paradigma processual tradicional, vinculado essencialmente a direitos subjetivos individuais e sua reparação em caso de ato ilícito danoso.

Vale aí resgatar que a literatura processual costuma passar ao largo do fato de que na modernidade, uma vez recepcionando o

ideal burguês de índole liberal, o processo sedimentou-se enquanto ferramenta à tutela de direitos individuais em conflitos eminentemente privados, principalmente com foco na propriedade, na posse e no crédito. Ao receber essa influência, o código de processo civil de 1973, idealizado por Alfredo Buzaid, chegou a conferir um livro específico a esse ideário, enfatizando interesses de um Estado mínimo, excludente e alheio às questões sociais.

O código de processo civil de 2015, por isso, tem um importante lugar a ocupar na estrutura do Estado Constitucional Democrático de Direito. No que tange especificamente aos direitos transindividuais, o processo necessita passar realmente a incorporar o fenômeno da constitucionalização. Quando se fala em constitucionalização do processo comunitário, a ideia é revistar seu papel no que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização, proteção de direitos e democratização processual. Isso pressupõe trabalhar com uma perspectiva constitucional do sistema processual em que sua estrutura dê-se a partir do modelo de processo constitucional para além de uma visão dogmática e técnica, visando viabilizar o exercício desses direitos.

Mesmo que o novel diploma processual não tenha contemplado diretamente os direitos aqui estabelecidos como foco da investigação, é salutar referir que alguns de seus institutos, sim. Indo-se mais longe, tais institutos parecem ter sido criados à proteção desses direitos: é o caso das tutelas preventivas (em especial as inibitórias), principalmente quando pensadas a direitos relacionados à proteção do meio ambiente e consumidores.

Nestes, em havendo ato contrário a direito, mesmo que sem dano, ou efeitos concretos da ação ilícita, é sim possível falar em provocação da jurisdição justamente para evitar que o dano ocorra. A dupla investigada (direitos do meio ambiente e consumidores) depende, portanto, do reconhecimento da existência e efetividade das tutelas preventivas e ressarcitórias não tradicionais, que

servirão justamente a reclamar que os efeitos concretos do ato ilícito sejam inibidos, removidos ou eliminados, possibilidades reconhecidas principalmente pelo supracitado artigo 497 e parágrafo único, do código de processo civil de 2015. É o que se passa a investigar no capítulo que segue.

3 A tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica: o exemplo privilegiado das ações ambientais e do consumidor

O direito ao meio ambiente saudável pode inaugurar a caminhada, especialmente em relação à tutela inibitória e à ressarcitória na forma específica. A questão ambiental, no campo do direito processual civil brasileiro, tem à sua disposição, como regra geral, procedimentos de tutela repressiva sedimentados sob a influência do liberalismo-rationalista, que passaram a proporcionar ao magistrado a possibilidade de um julgamento “seguro”, condicionando praticamente todo o processo de conhecimento a mais exaustiva instrução probatória que a causa possa oferecer.

O legado da jurisdição processual de tradição romano-canônica retroalimenta o trato da matéria ambiental no processo. O faz diante da preponderância na lógica do reconhecimento de responsabilidades na ocorrência de evento danoso, associada primordialmente ao ressarcimento monetário. É o que acabou sendo a conclusão de importante julgado no Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto, em sede de recurso repetitivo, quando o referido Tribunal decidiu que “o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos” (vide REsp n.º 1354536/SE⁷).

⁷Consultar a íntegra do julgado em:

No encontro do direito processual civil com o direito ambiental, em especial com o procedimento da ação civil pública, principal meio de tutela desse direito, é possível perceber que o sonho racionalista (onde a lei teria sentido único e o processo interpretativo seria inconciliável na prática processual), que sustenta o moderno conceito de jurisdição desde Chiovenda, certamente vem também contribuindo para embaraçar a utilização de outras formas de tutelas nestes processos, em especial as protetivas de direitos.

Ainda, é característica das ações ambientais que o juiz julgue o mérito na sentença final. Essa, inclusive, é uma das causas que justifica porque as medidas preventivas, já que construídas sob o manto da probabilidade, são concebidas pelo sistema processual como medidas do processo, nunca do mérito da causa, esse exclusivo da sentença. Em tais ações, é absolutamente metafísico o motivo pelo qual se nega que uma decisão antecipatória preventiva seja tratada como uma questão sobre o mérito da causa. Como se o juiz, ao inserir-se naquele contexto de urgência, naquela situação hermenêutica, ainda não julgasse, ou não interpretasse tal fato ou tal lei, medidas exclusivas que a jurisdição processual moderna reservou para o ato de sentença final.

Ainda assim, nas ações ambientais, a questão central reside justamente na necessidade de correlação entre responsabilidade civil e dano efetivo, o que de certa forma embaraça (sem negar) a instituição de outras formas de tutela de natureza protetiva, como a inibitória e a ressarcitória na forma específica.

Partindo-se da concepção protetiva constitucional e do pressuposto de que o direito ao meio ambiente saudável não pode ser obrigatoriamente relacionado à indenização monetária – e que a própria Constituição Federal estabelece o dever de equilíbrio e preservação do meio ambiente (vide artigo 225) –, calha

mencionar interessante julgado da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, registrado sob n.º70075054510, o qual reconheceu a importância da tutela inibitória para coagir o demandado, em ação ambiental proposta pelo Ministério Público, a não deixar de cumprir as disposições legais protetivas ao meio ambiente, sob pena de incidência de pena pecuniária.

O caso em si fazia referência a uma ação civil pública em que o Ministério Público buscou a interdição de oficina mecânica clandestina, sob o fundamento de que o empreendimento não possuía licenciamento ambiental, além de efetuar o lançamento irregular de resíduos em um curso d'água em área de preservação permanente. O Parquet postulou, assim, a interdição do estabelecimento e a concessão de tutela inibitória para proteção do meio ambiente, consistente em obrigação de não fazer pelo demandado, bem como não permitir que outros realizassem, em área sob sua responsabilidade, atividades que afetassem o ambiente, a vegetação arbórea nativa e os recursos hídricos.

Sobreveio sentença que determinou a interdição do estabelecimento, mas deixou de reconhecer a tutela inibitória sob o fundamento de que a legislação ambiental já criava obrigação ao demandado a abster-se da prática de tais condutas. Interposta apelação, reconheceu o Tribunal, com fulcro no artigo 497, parágrafo único, do código de processo civil de 2015, que,

[...] no caso, a interdição do estabelecimento tem por objeto estancar o dano ambiental praticado pelo réu, de forma a impedir a perpetuação da atividade ilegal. No entanto, a condenação do apelado à obrigação de não fazer é muito mais ampla, tendo por objeto coagir o réu a não deixar de cumprir as disposições legais protetivas ao meio ambiente.

Tratando-se, portanto, de tutelas que se complementam, não tendo, o deferimento da interdição da oficina mecânica, caráter excludente das demais tutelas protetivas que podem ser aplicadas à hipótese. Ademais, cumpre salientar que o simples fato da obrigação de não fazer estar prevista na legislação não afasta a

procedência do pedido. Pelo contrário, a base legal confere ainda mais legitimidade ao pedido do autor, o qual pretende, com a presente demanda, ter seu direito resguardado através de título executivo judicial. Não se está diante, portanto, de hipótese de “reincidência”, mas sim de um meio coercitivo, a fim de ampliar a efetividade da proibição de agir, impedindo que a parte venha – novamente, convém destacar – a descumprir a obrigação imposta pela lei e chancelada pelo Poder Judiciário (Apelação Cível Nº 70075054510, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 22/11/2017).

Este é um exemplo bastante interessante para se compreender que o ressarcimento não é a única forma de tutela contra o ilícito, e que um direito dessa natureza só pode se afirmar enquanto direito se houverem tutelas adequadas à sua proteção. Veja-se a força da tutela inibitória, neste caso, voltada para o futuro como mecanismo que visa a inibir a prática, a repetição ou o prolongamento de atos ilícitos, atuando justamente por isso no âmbito da probabilidade da ocorrência ou continuação de ato contrário ao direito e extrapolando, assim, a classificação trinária (declaratória, condenatória e constitutiva) das sentenças, já que as tutelas preventivas situam-se, como regra, no campo da eficácia mandamental.

O fato de semanticamente estar situada na estrutura das probabilidades de ilicitude é que explica a clássica dificuldade da doutrina no trato de juízos unicamente preventivos, os quais, pelo que se sabe, constituem-se sobre os pilares da verossimilhança. A dificuldade em sua aceitação está em que tais juízos, como se disse, adviriam da vontade do juiz (que não poderia considerar fatos ainda não ocorridos, já que sua atividade foi severamente marcada pela repreensão, não pela prevenção). Por mais incrível que possa parecer, esse é o paradigma que ainda sustenta o direito processual civil de que se dispõe atualmente, cujo comprometimento com a tutela repressiva traria a reboque a dificuldade na construção de decisões desprovidas de cognição exauriente.

Uma das dificuldades da doutrina processual moderna em trabalhar com esses conceitos está na própria confusão da doutrina italiana de processo em relação ao termo verossimilhança. Esse é um equívoco conceitual, haja vista que o vocábulo alemão *wahrscheinlichkeit*, quando traduzido à doutrina italiana por Calamandrei (1955) no ensaio *Verità e verosimiglianzanelprocesocivile*, não considerou uma parte do vocábulo que guarda relação à expressão probabilidade, enfatizando unicamente o termo verossimilhança. A questão é que na doutrina alemã, local onde esses conceitos ocupam um lugar importantíssimo no plano processual, verossimilhança e probabilidade são conceitos diferentes (TARUFFO, 2005, p. 183-184).

O problema é que a doutrina italiana, desde então, tem reconduzido, ao mesmo, dois significados distintos. O primeiro guarda relação específica com o termo verossimilhança, da forma como conhecido, o qual se refere a algo que tem a aparência de ser verdadeiro. O segundo equivale verossimilhança à probabilidade, advertindo que no processo a verossimilhança/probabilidade se usa como substituto da verdade. Para Taruffo (2005, p. 186), tais significados são distintos e não podem ser usados conjunta e alternativamente, como se não houvesse diferença entre eles. Sustenta o processualista italiano que quando se está a tratar de probabilidades em processo não se deve associá-las a algo próximo ou representativo de algo a respeito da realidade, senão a existência de razões que sustentam que tal asserção é verdadeira naquela situação concreta.

Logo, tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade processual ou à probabilidade de um fato em processo – o que tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e como o intérprete está inserido em seu contexto – também guarda relação à sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade sobre a base dos elementos de prova disponíveis, ou seja, sobre os elementos de prova que se apresentam, recurso que não advém e

nem pode advir da subjetividade do magistrado. Não se trata de uma hipótese plausível, sem relação ao instrumento probatório.

Por isso, a proposta em sobrelevar o papel da tutela inibitória no contexto das ações ambientais não deve significar, às avessas, a possibilidade de deixar às mãos do julgador e sua consciência o trato dos elementos de prova que se apresentam em juízo, o que leva a crer que as decisões dali decorrentes carecem de uma fundamentação condizente ao plano fático que se apresenta e com o que a Constituição tem a dizer sobre ele.

Ademais, a determinação dos fatos em processo, quando se está a trabalhar com tutelas preventivas, não tem a ver com a obtenção de certezas ou verdades absolutas, consistindo, em sentido contrário, na determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir à hipótese de existência do fato a partir do modo como ele se mostra, razão pela qual essa determinação constitui-se numa verdade provável. Essa não é a verdade do procedimento comum, que em sentido contrário se sustenta, principalmente pela necessidade cartesiana da cognição exauriente, no incontestável.

Ao se associar a tutela inibitória às ações ambientais, parte-se do pressuposto de que a renúncia à segurança do iter fase a fase do procedimento ambiental e a aposta em estruturas de sumarização processual (ambiente das tutelas preventivas e da inibitória, por consequência), ainda que em ação civil pública, encontra justificativa justamente na necessidade de atenção ao risco ambiental, o que coloca a referida tutela num outro patamar processual em relação aos propósitos do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Falar em risco ambiental é falar em sociedade de risco, em riscos socialmente produzidos, ainda que abstratamente (CARVALHO, 2007, p. 65-66), o que reverbera na sedimentação dos princípios da precaução e da prevenção em matéria ambiental (AYALA, 2005, p. 167), com vistas principalmente a evitar a ocorrência do dano ambiental. Isso tem como condição a condução do risco à jurisdição processual, local onde a tutela inibitória

encontra lugar privilegiado, notadamente porque nela não se confundem o ilícito e o dano, já que o direito ambiental não pode ser reduzido a uma questão meramente patrimonial e de ressarcimento.

Dessa forma, nesses casos a tutela inibitória “mostra-se hábil para remover a ameaça de ilicitude ou a ameaça de dano” (PAULA, 2009, p. 195), assumindo caráter preventivo. O processualista Jônatas de Paula ainda lembra o case dos transgênicos no Estado do Paraná, momento em que o Tribunal daquele Estado decidiu pela aplicação da tutela inibitória a impedir o cultivo de produtos geneticamente modificados até que se comprovasse cientificamente a ausência de contaminação do solo e águas subterrâneas em respeito ao princípio da prevenção, base do direito ambiental (PAULA, 2009, p. 196-197).

Registre-se, igualmente, que as ações ambientais também se conectam à tutela ressarcitória na forma específica, o que também rompe com a relação tradicional entre agir processual e reparação pelo resultado equivalente, ainda que possa ser cumulada com ela. Com efeito:

A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material. Na realidade, se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, que pode ser na forma específica ou pelo equivalente. Apenas quando, diante da situação concreta, o ressarcimento na forma específica for impossível ou configurar uma forma excessivamente onerosa é que o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. Isso quer dizer que, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional em vista da sua excessiva onerosidade. Deixe-se claro, contudo, que se o lesado sempre tem a opção do ressarcimento na forma específica, o legitimado à tutela dos direitos transindividuais dela não pode abrir mão em troca de ressarcimento em dinheiro. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 304)

A lição de Marinoni, na passagem acima reproduzida, condiz com a necessidade de instituição de uma jurisdição processual ambiental atenta ao perigo ambiental, o que traz à luz a regra do princípio da reparação específica ambiental, pressupondo a imposição de obrigação de fazer ou não fazer na proteção do meio ambiente às gerações presentes e futuras (PAULA, 2009, p. 216).

Isso transcende o simples ressarcimento pelo resultado monetário equivalente, justamente porque o lesado, que nos danos ambientais é a própria sociedade (de risco), tem direito de exigir que o dano seja reparado de forma semelhante à destruição, hipótese contemplada pelo artigo 497 do código de processo civil de 2015, o qual reza que “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

A tutela ressarcitória na forma específica “objetiva estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 303), o que leva, por exemplo, ao estabelecimento judicial de obrigação de recuperação de área degradada, de retirada de material poluente do mar e, até mesmo, de “suportar” acompanhamento técnico ambiental na empresa poluidora ou desfazer obra levantada em área verde ou protegida. A prioridade, mesmo diante de todos esses elementos, por força sistêmica, é a da reparação in natura, sempre quando possível, o que inclusive já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, em especial no REsp. 1071741⁸.

Para destacar a importância do tema, assim também decidiu a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. O art.

⁸

Ver

íntegra

em:

https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf

225 da Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações. O meio ambiente é bem de fruição geral da coletividade, de natureza difusa, caracterizado como coisa de todos, incluindo as gerações vindouras, cabendo ao Estado e à coletividade a sua preservação. Muito embora se esteja diante da matéria controversa na arena jurisprudencial nacional, em alinhamento ao entendimento majoritário desse Tribunal de Justiça, considera-se que a reparação em pecúnia (ressarcimento) é exceção no sistema da responsabilização ambiental: só deve ser feita quando se mostrar impossível, total ou parcialmente, a reparação específica. (Apelação Cível Nº 70076264597, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 11/04/2018)”.

Aos propósitos deste estudo resta tão somente a investigação da tutela de remoção do ilícito, onde o exemplo privilegiado, por opção metodológica, recai nos direitos (fundamentais)⁹ de consumidores. Isso porque, não raras vezes, a sociedade de consumo prejudica os consumidores na mesma velocidade em que fortifica o fornecedor (produtor, fabricante, comerciante, etc.), já que é ele quem, preponderantemente, dita as regras do jogo. Evidentemente, não poderia o direito processual civil ficar alheio a isso, já que os direitos fundamentais dos consumidores reclamam proteção.

Os direitos dos consumidores, na perspectiva constitucional transindividual, desafiam a tutela de remoção do ilícito (além das já estudadas neste trabalho), em razão de sua natureza preventiva. Daí que, da mesma forma como ocorre na tutela inibitória, prescindem da ocorrência de evento danoso para ter sua

⁹ Registre-se, por oportuno, que a Constituição Federal, no artigo 5.º, XXXII, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, razão pela qual este direito foi erigido a direito fundamental.

potencialidade aflorada. Trata-se de possibilidade igualmente contemplada pelo parágrafo único do artigo 497 do código de processo civil de 2015, que reconhece a existência de mecanismo processual adequado a eliminar uma situação de ilicitude ou remover os efeitos concretos de um dado agir ilegal. Em relação ao tema, ao previsto pelo código de processo civil combina-se a estrutura do artigo 84 do código de defesa do consumidor, destinado à tutela das obrigações de fazer e não fazer.

Para melhor compreender a questão, não custa reforçar a diferença entre ato ilícito e dano. Isso porque o dano não necessariamente decorre de um ato ilícito. Ainda que seja indispensável à obrigação de ressarcir, não o é para a constituição da ilicitude (MARINONI, 2015). Veja-se que, segundo a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 503), a tutela de remoção do ilícito repreende o ato ilícito que deixou efeitos concretos perpetuados no tempo e que por isso têm potencialidade de produzir danos. Citam como exemplo associado aos direitos dos consumidores a busca e apreensão de produto exposto à venda cujo conteúdo contenha composto proibido por lei. Veja-se que, neste caso, ainda não há necessariamente fato danoso, mas conduta contrária ao direito, o que desafia sua proteção. Com efeito, lecionam os autores (2017, p. 302):

Não existindo dano, mas uma simples situação antijurídica, a tutela jurisdicional deve estabelecer a situação que lhe era anterior. Daí porque essa forma de proteção do direito constitui uma tutela jurisdicional de remoção do ilícito, a qual também é uma tutela específica, na medida em que não se conforma com a transformação do direito em dinheiro. A tutela de remoção do ilícito é imprescindível para a jurisdição dar atuação específica às normas de proteção dos direitos fundamentais. Aliás, sem esta espécie de tutela jurisdicional, o dever de proteção estatal aos direitos se tornaria impossível e o direito de proteção normativa dos direitos fundamentais quase que inútil.

Teoricamente, a tutela de remoção do ilícito é uma espécie da tutela inibitória. Nesta (que se volta ao futuro), não custa lembrar: a ideia é a de inibir a prática de ato ilícito, mesmo diante da ausência de qualquer ato ilícito anterior. Já na tutela de remoção do ilícito (que se volta ao passado) dá-se a inibição da continuidade do ato contrário ao direito em que os efeitos são continuados, razão pela qual devem ser removidos (MARINONI, 2004). Com efeito: “No caso em que o ilícito já foi cometido, não há temor a respeito do que pode ocorrer, uma vez que o ato já foi praticado. Como esse ato tem eficácia continuada, sabe-se de antemão que os seus efeitos prosseguirão no tempo. Portanto, no caso de ato com eficácia ilícita continuada, *o autor deve apontar para o que já aconteceu, pedindo a remoção do ato que ainda produz efeitos*” (MARINONI, 2004).

Neste tipo de tutela não há, portanto, efeito danoso, e é aí justamente que reside a importância de se compreender a diferença entre conduta ilícita e dano, principalmente porque o evento danoso tradicionalmente é pressuposto para o exercício do direito processual civil nesses casos. Na concepção aqui trabalhada – que muito se deve às pesquisas do processualista Luiz Guilherme Marinoni – o foco de observação não é e nem precisa ser o evento danoso, mas a prática de ato ilícito com efeitos concretos perpetuados no tempo, pressuposto dispensável à tutela inibitória, que assim volta-se ao futuro, já que para sua utilização o ilícito ainda não ocorreu.

4. Considerações finais

O código de processo civil de 2015 inovou ao trazer a tutela contra o ato contrário ao direito no parágrafo único de seu artigo 497. Para além da concepção estritamente ressarcitória, previu o legislador processual a tutela inibitória e a de remoção do ato ilícito, sem menosprezar as modalidades repressivas tradicionais.

Neste trabalho, este contexto foi associado à proteção de direitos que, por sua natureza, não podem ser quantificados monetariamente. É o caso do direito a um meio ambiente saudável e dos direitos transindividuais de consumidores. Pelo que se viu, a indissociação entre ato ilícito e evento danoso acabou sendo a condição de possibilidade para a instituição dos procedimentos investigados, até mesmo porque neles o tema central não é o dano, mas sim a inibição de ato contrário ao direito ou a remoção de efeitos concretos de atos ilícitos.

Já a importância de se relacionar o tema aos direitos transindividuais serviu para se compreender uma nova postura processual voltada não somente à repressão, mas à prevenção de direitos que ultrapassam a perspectiva individual, situando a questão no seio do Estado Democrático de Direito. É esta modalidade estatal que clama pela transformação social, o que pressupõe um complexo conjunto de proteção de direitos, afinal de contas um direito só é um direito na medida em que há sistemas que impedem sua violação.

Se o sonho do processo, na perspectiva liberal e racionalista, é o sonho da exatidão, da certeza, da descoberta e da demonstração – o que vem da filosofia de Welzel, Descartes, Hobbes, Leibniz, Locke, Rousseau, Savigny, Montesquieu, dentre outros da tradição racionalista –, na perspectiva social democrática de direito o sonho do processo deve ser o sonho da satisfação de direitos fundamentais, o que pressupõe a correta proteção desses direitos, em especial os de índole transindividual.

Nesse passo, quando se fala em um processo civil no interior do constitucionalismo do Estado democrático de direito, surge a exigência de instituição de uma compreensão jurídica processual que proporcione a aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, no Estado Democrático de Direito, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

O problema é que o sistema jurídico, de alguma forma, em tempos de economia globalizada e interesses supra-individuais, ainda continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia. Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição, que tem como característica justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos (subjativismos), ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários.

Esse quadro somente poderá ser alterado quando o processo passar realmente a incorporar o fenômeno da constitucionalização. Quando se fala em constitucionalização do processo, a ideia é revistar seu papel no que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização e, para este trabalho, proteção/prevenção de direitos fundamentais. É aí que principalmente a tutela inibitória e a tutela de remoção do ato ilícito são inovadoras e representam um salto paradigmático. Do foco condenatório a partir da relação entre ato ilícito e evento danoso, passou-se a pensar na diferença ontológica entre ato ilícito e dano, o que serve como base epistemológica para a devida compreensão desses institutos processuais.

5. Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003.

AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira. In: *Revista de Direito Ambiental*. Volume 39. Ano 10. Jul.-Set. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianzanelprocesocivile*. In: *Rivistadidirittoprocessuale*. Padova: Ed. CEDAM, 1955.

CARVALHO, DéltonWinter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental. Volume 45. Ano 12. Jan.-Mar. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação inibitória*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5041>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: art. 497, parágrafo único, do CPC/2015*. Rev. TST, Brasília, vol. 81, n.º 4, out/dez 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100342/2015_marinoni_luiz_tutela_contra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito processual ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutelas de urgência)*. Volume II. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SPADONI, Joaquim. *Tutela inibitória*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2002.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Ed. Trotta, 2005.

Processo coletivo e os mecanismos de proteção ao meio ambiente e à sustentabilidade

Deilton Ribeiro Brasil¹
Érica Patrícia M. Freitas²

1. Introdução

Atualmente, a questão ambiental é um dos temas de maior relevância no cenário nacional. Ao cidadão reconhece o direito de usufruir de um ambiente equilibrado, todavia, esse exercício traz consigo o dever de uma utilização racional dos recursos ambientais.

Embora exista intensa legislação sobre o tema, a proteção ambiental exige mais, na medida em que é apenas através da adoção de mecanismos de controle e aplicação da lei de forma eficaz que se poderão alcançar medidas sustentáveis de amparo ao meio ambiente. A constitucionalização do direito ambiental demonstra a importância que se reconhece ao tema. Todavia, essa importância apenas ganha força se for refletida na conduta social.

Nesse ponto, emerge o processo civil coletivo com o objetivo de contribuir para uma efetivação do meio ambiente de forma

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA).

² Mestre em Linguística e Língua Portuguesa pela PUC Minas. Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Revisão de textos pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Metodologia da Linguagem pela FAEL/EDUCON. Especialista em Educação a distância pela FAEL/EDUCON. Graduada em Letras pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogada.

sustentável, atuando como uma das saídas para proteção desse direito fundamental. E, para demonstrar que o processo coletivo pode contribuir com a efetividade de um direito ambiental sustentável, o presente estudo analisa quais instrumentos desse ramo do direito podem contribuir com essa pretensão.

No texto, portanto, serão observados os mecanismos de proteção ao meio ambiente e a sustentabilidade, exercidos por meio do processo civil coletivo, com a finalidade de, acima de tudo, proteger a vida no planeta terra e dar novas saídas à concretização de um meio ambiente equilibrado.

No primeiro tópico se justifica o estudo da sustentabilidade como um valor constitucional, analisando o conceito e observando as relevâncias de manter a sociedade com comportamentos condizentes com a sustentabilidade. No segundo capítulo a abordagem traz o processo coletivo como uma das saídas para efetivação de um meio ambiente sustentável e, por fim, no terceiro capítulo o estudo pondera acerca de algumas das possíveis formas de proteção ao ambiente e à sustentabilidade por meio do processo civil coletivo, utilizando, como meio de análise, a ação civil pública, assim como a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Por último, no quarto tópico ao se falar em sustentabilidade o que se busca ressignificar é a garantia de proteção da vida e da existência humana no planeta.

Trata-se o estudo de uma pesquisa teórico bibliográfica, de cunho dedutivo, e se justifica pela relevância do tema da sustentabilidade nos dias atuais e a necessidade de analisar os direitos fundamentais no contexto do direito ambiental. Sendo que, na presente abordagem, a investigação indicará a viabilidade desses mecanismos na efetividade de um meio ambiente sustentável.

2 A sustentabilidade enquanto valor constitucional

Ao se falar em sustentabilidade identifica-se uma preocupação com a problemática ambiental com que o mundo

atual se depara. Esse conceito, relativamente novo na esfera jurídica, é responsável por estabelecer um paradigma ético-conceitual que influencia de forma direta todo o contexto jurídico.

Evidente que esse novo paradigma acaba por ocasionar maiores discussões ou até mesmo, conflitos que possuem como núcleo a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa, entre eles o direito fundamental ao meio ambiente saudável e à sadia qualidade de vida. Com efeito, esse só pode se concretizar através da ação social e política do Estado.

Neste contexto, a sustentabilidade vem a ser garantidor, não apenas de um desenvolvimento econômico sustentável, mas sim, de uma garantia por uma vida mais saudável à humanidade e às futuras gerações. Na busca pela definição e pela história do conceito de sustentabilidade, encontram-se os estudos de Zenildo Bodnar:

Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla (BODNAR, 2011, p. 329)

Para alcançar a sustentabilidade é necessário avaliar vários aspectos, dentre os quais, os conceitos explorados por David Hales e Robert Prescott-Aleen (2005, p. 46) requer a definição de seus componentes em termos mensuráveis e a clara determinação de responsabilidade, para que se possa avaliar o processo de modo abrangente.

De igual modo, Brundtland (1987) refere-se à sustentabilidade como forma de encontrar um meio de desenvolvimento capaz de atender às necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações. O

desafio da humanidade passa a ser o de preservar seu padrão de vida garantindo o desenvolvimento tecnológico sem esgotar os recursos naturais do planeta.

Na contribuição de Juarez Freitas, alude-se à preocupação com a sustentabilidade:

Nesse ponto, importa que a sustentabilidade, aqui defendida, não seja entendida como um cântico vazio, tampouco uma espúria ferramenta de propaganda, destinada a camuflar produtos nocivos à saúde ou simples palavra sonora usada como floreio para discursos conceituosos, amaneirados e inócuos. (FREITAS, 2011, p. 31).

A sustentabilidade vem com a proposta de promover uma melhor garantia do bem estar social com o meio ambiente do qual dependemos diretamente. De forma imprescindível, refere-se à sobrevivência, atendendo a humanidade e se preocupando com as futuras gerações.

Nessa perspectiva, o desenvolvimento sustentável merece ser redimensionado em múltiplos dispositivos constitucionais, dentre eles o artigo 174, parágrafo primeiro, em que existe a previsão de se estabelecer diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Também o artigo 205, vinculado ao pleno desenvolvimento da pessoa, além do artigo 218 que dispõe sobre o desenvolvimento científico e tecnológico, com o dever implícito de observar esses limites voltados para o meio ambiente.

Ainda, em consonância com esses dispositivos, o artigo 170, VI da Constituição Federal, que traz a consagração expressa da defesa do ambiente, como princípio de regência da atividade econômica, por meio do tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos seus processos de elaboração e prestação.

Sobretudo, a Constituição Federal de 1988 consolidou e complementou em seu texto os direitos previstos na Lei nº 6.938/1981³, inserindo um capítulo exclusivo ao meio ambiente, titulado Ordem Social. Definindo no artigo 225 que, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações.

O artigo 225 da Constituição Federal traz em seu texto o princípio do desenvolvimento sustentável, inserido pelo direito ambiental. Tal princípio tem por objetivo a continuidade das bases vitais da produção e reprodução do homem com suas atividades, assegurando relações satisfatórias e iguais entre homens e, entre homens com o seu meio ambiente, objetivando que o desfrute dos mesmos recursos que temos hoje esteja à disposição das gerações futuras (FIORILLO, 2009).

Por estes e outros dispositivos é que a sustentabilidade alcança patamar com valor efetivamente constitucional cuja base para a proteção do ambiente se equipara a mesma forma de preservação da vida no planeta terra. Assim, pode-se conceituar sustentável como tudo aquilo que se pode sustentar, aquilo que é capaz de se manter mais ou menos constante, ou estável, por longo período (FERREIRA, 2004, p. 312). É o processo de desenvolvimento econômico em que se procura preservar o meio ambiente, levando-se em conta os interesses das futuras gerações. Desse modo, pode-se dizer que a sustentabilidade atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.

Assim, cientes de que a vida depende da sustentabilidade, chega-se ao ponto de entender que a sustentabilidade é, sim, valor supremo alçado ao patamar constitucional.

³Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

O reconhecimento da sustentabilidade como um direito tem o condão de promover a superação da sua utilização como uma mera prática discursiva, já que se estará num campo em que ser sustentável não será mais uma prática facultativa, mas obrigatória, e cujo conteúdo não mais será dado por um determinado ator social que esteja na defesa de seus interesses pessoais, mas pelo Estado, através de sua Lei Fundamental, com vistas à realização de seu valor maior: a dignidade da pessoa humana. (COELHO; MELLO, 2011, p. 10)

Canotilho já corrobora no mesmo sentido, ao afirmar que é tempo de considerar a sustentabilidade como elemento estrutural típico do Estado que hoje designamos Estado Constitucional. Mais do que isso: a sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere (CANOTILHO, 2010, p.08).

Nesse contexto, esta escolha constitucional possibilita garantir a preservação da vida com qualidade em um planeta que está sufocado e necessitado de urgentes medidas de preservação da vida em geral e de práticas sustentáveis, que se alinham à preservação do ambiente.

É necessário, também, o estímulo à defesa do meio ambiente sadio para coibir o mau governo e a má administração pública que, por ação ou omissão, agridem ou permitem que seja agredido esse patrimônio de uso comum do povo. O meio ambiente sadio é necessidade essencial da pessoa humana, em qualquer tempo e em qualquer lugar. Por esse motivo, é reconhecido e proclamado como direito humano fundamental, devendo estar sempre entre as prioridades dos governos e não podendo ser prejudicado para satisfação de interesse econômico, político ou de qualquer outra natureza. A pessoa humana é prioridade e com ela seus direitos fundamentais. (DALLARI, 2004, p. 82)

Desse modo, o desenvolvimento sustentável remete à realização de todos os objetivos fundamentais, como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Assim, compreendido o direito ambiental como um direito fundamental e reconhecida à importância de enxergar a sustentabilidade enquanto valor constitucional com a criação e efetivação de instrumentos de proteção efetiva ao ambiente desloca-se a discussão para o papel que o processo coletivo pode desempenhar na busca por um desenvolvimento realmente sustentável. Essa proteção pode dar-se por meio de diversificados mecanismos, dentre os quais, o processo coletivo.

3 O processo coletivo como meio de salvaguardar o meio ambiente sustentável

O processo coletivo nasceu após períodos de discussão e de reflexão, da necessidade de abandonar um paradigma individualista para alcançar um paradigma coletivo, no qual ganharam relevo à garantia da participação dos cidadãos na direção da sociedade.

Considerando as demandas coletivas, a pressão das massas por acesso à justiça, por garantia de direitos, verificou-se no dizer de Alvim (1990) a necessidade de desenquadramento da temática do campo dos litígios individuais, para alçá-la ao patamar dos direitos ou interesses metaindividuais, transindividuais ou coletivos em sentido amplo, quais são espécies os direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

O Poder Judiciário, centrado para administrar conflitos de natureza individual, passa por período de transformação para apreciar de forma devida os conflitos de dimensão social (ROCHA, 2002). A jurisdição civil coletiva surge como espaço de efetivação da tutela dessa gama de direitos e interesses. Assim, o processo deve e tem que ser instrumento de garantia dos direitos materiais,

pois de nada serviria o processo dissociado do escopo de efetividade do direito substancial tutelado (ROCHA, 2002).

O processo coletivo se caracteriza pela proteção dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. O interesse difuso que se busca tutelar, que é o bem ambiental, se reveste de particularidades que o tornam muito próximo do direito público. Dada a sua natureza, em geral, os interesses difusos contêm especificidades que os afastam do campo das relações de direito privado (GASTALDI, 2014).

Nas palavras de Fredie Didier:

Processo coletivo é aquele instaurado por um em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos). (DIDIER, 2011, p. 44)

O processo coletivo surge como uma forma de garantir maiores condições de acesso à justiça, diminuindo e regulamentando de forma menos complexa os procedimentos processuais, possibilitando a participação de forma mais aberta das partes no processo, ou seja, democratizando o acesso ao Poder Judiciário e ao alcance da justiça.

O processo destinado à defesa ambiental haverá de revestir um caráter sócio-coletivo, norteado pela importância a ser atribuída, acima de tudo, à tutela do bem em questão. O objetivo primário é o de obter-se, rapidamente, o bem ambiental almejado

(MARIN; LUNELLI, 2011). O processo coletivo permite que seja conferida maior eficácia aos direitos fundamentais, porque é capaz de trazer solução conjunta a conflitos da sociedade, de uma categoria ou um número expressivo de indivíduos⁴.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, os interesses difusos constituem uma tentativa de garantir a equiprimordialidade entre o interesse público e o interesse privado, através do reconhecimento do caráter intersubjetivo dos conflitos jurídicos (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 263). A ação coletiva apresenta importantes qualidades para a efetivação de direitos, expressa o interesse de uma categoria cuja pretensão ganha força enquanto qualificada pela coletividade.

O advento do processo coletivo teve como escopo justamente colaborar para a efetivação dos direitos fundamentais que, em razão das características do processo individual, remanesciam desprotegidos, sendo constantemente violados e permanecendo, destarte, no plano meramente formal (MARINONI, 2012).

Conforme aduz Fabrício Veiga Costa, o processo coletivo deve ser resultado da compreensão procedimental e discursiva dos direitos coletivos e difusos, no contexto da participação dos sujeitos interessados como agentes da formação da vontade democrática (COSTA, 2012, p. 210). Em outras palavras, o processo coletivo deve ser visto como instrumento apto à efetivação de direitos fundamentais.

Na seara do direito ambiental, em decorrência das intrincadas e diversificadas questões que lhe incumbem solucionar, não pode ficar adstrito aos institutos clássicos do direito processual individual comum (MILARÉ, 1995, p. 37). Destarte, é preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de alcançar a necessária e adequada tutela do meio ambiente, deixando de lado o formalismo e as regras clássicas que, até então, perpetuam e em nada condizem

⁴Interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo.

com a natureza especialíssima do direito material ambiental, o qual deve ser efetivado, obviamente, mediante regras também especiais.

As ações coletivas, conforme se tem analisado, constituem importante mecanismo de participação popular na proteção do meio ambiente. Por seu intermédio, o sistema processual abre à sociedade a via da jurisdição civil para a defesa do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, permitindo, com isso, o controle social sobre a legalidade e a legitimidade de ações e omissões públicas e privadas que interferem na qualidade ambiental (MIRRA, 2011, p. 174)

Em meio à importância de buscar efetividade a questão da sustentabilidade ambiental, por ora, importante trazer à análise os mecanismos do processo coletivo capazes de fomentar o desenvolvimento sustentável com o objetivo de verificar se os mesmos contribuem para uma tutela ambiental eficaz.

4 Os mecanismos de proteção ao meio ambiente e à sustentabilidade

Ao se falar em sustentabilidade o que se busca é, acima de tudo, garantir a proteção da vida e da existência humana no planeta. Nesse viés, necessário ressaltar os inúmeros mecanismos criados em favor do meio ambiente e da sustentabilidade. Não resta dúvida de que a garantia da sustentabilidade é, sim, política pública que deve ser implementada, criada e fixada pelo poder público. Nesse ponto, imperioso observar os fundamentos que dão guarida à proteção e efetividade da sustentabilidade por meio do processo civil coletivo.

Das várias possibilidades de demandas protetoras do ambiente e da sustentabilidade pode-se referir a ação civil pública

(Lei nº 7347/85)⁵ que pode ser proposta em favor da proteção ao ambiente e da sustentabilidade. Nos termos da lei, esta é cabível:

Artigo 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).I - ao meio-ambiente;II - ao consumidor;III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990); V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011); VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Diante do cabimento se vislumbra a viabilidade de utilização da ação civil pública para a proteção do meio ambiente e da sustentabilidade, bem como dos demais direitos de interesse difuso. Como assevera Edis Milaré:

A ação civil pública é o instrumento processual para a defesa dos interesses meta individuais relativos ao meio ambiente, bens e direitos de valor histórico, turístico, artístico, estético, paisagístico, mais recentemente, também dos interesses de deficientes físicos, investidores do mercado de capitais e direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; ou seja, a ação civil pública ampara aos que interessam, não exclusivamente a um indivíduo, mas a toda a coletividade, esses interesses meta ou transindividuais desdobram-se em direitos difuso, coletivo e individuais homogêneos (MILARÉ, 1995, p. 64)

⁵Inicialmente a matéria foi regulada pela Lei nº 7.347 de 24/07/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) sendo posteriormente complementada pela Lei nº 7.853 de 24/10/1989 que regulamenta os direitos dos deficientes físicos, Lei n.º 7.913 de 07/12/1989 relativa aos investidores no mercado de valores mobiliários, Lei n.º 8.069 de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); a Lei nº 8.078 de 11/10/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), o Decreto n.º 1306 de 09/11/1994 que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos que tratam os artigos 13 e 20 da LACP; a Lei n.º 9.008 de 21/03/1995 que cria o Conselho Federal que trata o artigo 13 da LACP, e mais recentemente a Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 que dá nova redação ao artigo 16 da LACP.

Destarte, pode-se arguir que esta modalidade de ação em favor da proteção à sustentabilidade pode se dar em decorrência da disposição existente no artigo 1, I e IV, visto que a vinculação do meio ambiente com a sustentabilidade é imanente. De igual forma, pontua-se que, o direito a um planeta sustentável é um direito difuso que pertence a todos sem individualização.

Nestas demandas, a legitimidade para a sua propositura está prevista no artigo 5º da Lei nº 7347/85 que traz como possíveis autores: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e, por fim, a associação. E esta ação pode ter como objeto a condenação do demandado em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, assim como prevê o artigo 3º da Lei nº 7347/85.

Conforme demonstrado, embora de forma simplista e objetiva, apenas a título de referência, sem adentrar em temáticas específicas da referida medida processual civil coletiva, foi possível ter uma ideia de seu funcionamento e ocorrência.

Lado outro, de forma distinta da ação civil pública, a ação popular também se presta a proteger direitos ditos relevantes, e quiçá, coletivos, todavia nesta modalidade de proteção todo cidadão é apto a promover a demanda e neste particular proteger determinado direito. Nas palavras de Álvaro Mirra, no direito brasileiro vigente, a participação direta na defesa do meio ambiente, por intermédio do processo jurisdicional, é viabilizada, sobretudo, pela ação popular, instituto processual apto a permitir iniciativas individuais na matéria (MIRRA, 2011, p. 176).

Nos termos do artigo 5º, LXXII, da Constituição Federal, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo a diversos bens e valores, entre os quais o meio ambiente e o patrimônio cultural. Em nível infraconstitucional, a ação popular encontra-se disciplinada pela

Lei nº 4.717/1965⁶, recepcionada no ponto pela nova ordem constitucional, com semelhante disposição a respeito da legitimidade ativa para a causa (artigo 1º, caput).

Neste sentido, observa-se o disposto no artigo 1º da lei nº 4717/65:

Artigo 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, artigo 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Quando os atos praticados por agentes públicos vierem a causar prejuízos econômicos e ambientais, bem como para com a própria sustentabilidade, poderá o cidadão, pretender a defesa destes direitos sabidamente coletivos por meio desta demanda que terá finalidade específica e que, sabidamente, poderá modificar a tragédia que por vezes é praticada por agentes públicos que lesão o erário público, bem como, com isto o próprio implemento da sustentabilidade.

Claro está, portanto, que a ação popular visa à defesa de bens de natureza pública (patrimônio público) e bens de natureza difusa (meio ambiente). Logo, no artigo 1º, § 3º da Lei nº 4.717/65 fica estabelecido à legitimidade para a propositura da ação popular que será de qualquer cidadão, que será feita através de juntada do título de eleitor, ou documento que a ele corresponda.

⁶Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.

Nesse diapasão, a ação popular visa à defesa de bens de natureza pública e bens de natureza difusa. Contudo, cumpre destacar que, em se tratando de ação popular ambiental, ou seja, uma vez que o objeto da referida ação seja de natureza difusa, não há necessidade da juntada do título de eleitor. Entretanto, para os casos em que o objeto da ação seja a coisa pública, a relação entre o conceito de cidadão e a utilização deste remédio fica perfeitamente compreensível⁷.

Os legitimados passivos, por sua vez, e de acordo com o artigo 6º da Lei nº 4.717/65 serão pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no artigo 1º, autoridades, funcionários ou administradores que houverem praticado, autorizado, ratificado, aprovado, o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão e contra os beneficiários diretos do mesmo. Também, nos dizeres de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, poderá figurar no pólo passivo qualquer pessoa responsável pelo ato lesivo ao meio ambiente, de acordo com o conceito de poluidor estabelecido pela Política Nacional do Meio Ambiente, além de inexistir vedação constitucional no tocante à questão (FIORILLO, 2009, p. 29).

Ao assim proceder, identificou o destinatário da norma ambiental, como sendo todos, conceito este preenchido pelo caput do artigo 5º, ou seja, brasileiros e estrangeiros residentes no país independente de serem eleitores ou não.

Além da ação civil pública e da ação popular, outra modalidade que pode ser muito bem utilizada para proteger direitos e, inclusive a sustentabilidade, vem a ser o mandado de

⁷Nesse contexto, necessário pontuar acerca dos conceitos de cidadão e cidadania adotados neste estudo. Os reflexos do direito democrático na seara do processo coletivo são exteriorizados pelo exercício da cidadania, que é um conceito que não deve ficar adstrito à participação dos interessados no processo. A leitura mais adequada da cidadania, sob a égide do modelo constitucional de processo, é aquela que se constrói pela legitimidade de ampla fiscalidade do sujeito quanto à validade, a eficácia, a criação, a aplicação e a interpretação do direito e da norma jurídica utilizados como critérios e fundamentos da decisão. Ser cidadão, no contexto da processualidade democrática, é ter a possibilidade de influenciar diretamente no conteúdo da decisão a partir do direito legítimo de discussão do conteúdo meritório da demanda (COSTA, 2012, p. 199).

segurança coletivo que está disciplinado pela lei nº 12.016/2009. Nesta modalidade de ações também se busca a proteção de um direito coletivo, que, via de regra, é a preservação do ambiente limpo e saudável, bem como neste caso a proteção da sustentabilidade.

Sabe-se que os casos de mandado de segurança são taxados legalmente, quando se fala do mandado de segurança individual, sendo esta previsão determinada pelo artigo 1º da já referida lei do mandado de segurança, sendo:

Artigo 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Nesses casos, a violação se dá ao direito líquido do cidadão de ter um ambiente limpo, saudável e sustentável, que deverá ser protegido pela via do mandado de segurança. Esta ocorrência pode ser ventilada por meio do mandado de segurança coletivo que se presta a proteger o interesse coletivo. O cabimento desta demanda constitucional está prevista no artigo 21 da já informada lei, veja-se:

Artigo 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível,

de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Os legitimados para tal medida são partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (hum) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, o que envolve de forma direta o Processo Civil Coletivo que busca a proteção dos direitos coletivos.

A ação civil pública, assim como a ação popular e o mandado de segurança são instrumentos especiais, de tal maneira que o procedimento ágil e legitimidade extraordinária, visam corrigir problemas sociais anteriormente desamparados, devido aos empecilhos das técnicas clássicas do processo civil.

A ação civil pública opera como um remédio especial que é destinado à defesa de interesses coletivos e difusos da sociedade que, por sua vez, juntamente à ação popular e ao mandado de segurança constituem os instrumentos processuais mais modernos que são destinados à defesa do indivíduo contra o poder público ou da sociedade globalmente considerada.

Deste modo, sem a pretensão de esgotar a discussão, estas são algumas das possibilidades de manifestação no processo civil coletivo que realmente podem buscar proteger a sustentabilidade e o ambiente, seja como implementação de política pública ou, ainda, como ação coletiva que se preste a evitar que danos maiores ocorram e frustrem a todos os cidadãos que pretendem a proteção do ambiente saudável, adequado e sustentável. Este último, ademais, uma garantia constitucional suprema.

5. Considerações finais

A preocupação com o meio ambiente tem despertado e fomentado estudos acerca do tema, visando à implementação de instrumentos que possam garantir mais qualidade de vida, por meio de um ambiente sustentável. Diferentes leis que instituem políticas nacionais de meio ambiente e criam mecanismos para a participação dos cidadãos e suas organizações nas questões ambientais foram criadas com o intuito de atingir essa pretensão.

Nesse sentido, percebeu-se com o estudo aqui proposto que, a sustentabilidade foi alçada a valor constitucional dada a sua relevância diante da concretização de um meio ambiente realmente sustentável, capaz e suficiente para garantir melhores condições de vida no planeta.

Dentro desse contexto, encontra-se como apoio a esta pretensão, de preservação ambiental comprometida com práticas sustentáveis, o processo civil coletivo que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser exercido de forma democrática, tanto participativamente como representativamente, por meio das chamadas ações coletivas.

Dentre estas possíveis ações, que visam à proteção dos direitos difusos e coletivos, a pesquisa trouxe para análise a ação civil Pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo que buscam colocar à disposição de todos variados mecanismos eficientes para obter a efetiva tutela jurisdicional.

Desse modo, pensando a sustentabilidade como valor e princípio constitucional, nada mais coerente do que colocar a disposição desta proteção às ações coletivas que fazem parte daquilo que modernamente se chamou de processo civil coletivo e que pretende acima de tudo, garantir a respeitabilidade, implementação e fixação de políticas público-privadas que preservem sempre a realização dos direitos fundamentais.

As ações coletivas possuem o condão de efetivar as garantias a um meio ambiente equilibrado e, sobretudo, sustentável. Por meio de um direito difuso e coletivo ganha força a pretensão almejada e a possibilidade da construção de um ambiente satisfatoriamente preservado. Esses mecanismos atuam como forma de acesso, controle, garantia e transformação de interesses que tutelam a coletividade servindo de base para a construção de um ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

6. Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.
- BARACHO JÚNIOR, J. A. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. *Revista Jurídica CESUMAR – Mestrado*, v. 11, n. 1, p. 325-343. jan./jun. 2011 – ISSN 1677- 6402.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- BRASIL. *Decreto de Lei nº 6.938. De 31 de Agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formação e aplicação de outras providências.
- BRASIL. *Decreto de Lei nº 7.347 de 24 de Julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.
- BRASIL. *Decreto de Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRUNDTLAND, G. H. (editor). *Our Common Future: The World Commission on Environment and Development*. Oxford University Press, 1987.

CANOTILHO, José Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, 2010, v. VIII, nº 13, p. 07-18.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.8, n.15, jan./jun., 2011, p. 9-24.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 6. ed. Bahia: Editora Podivm, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário eletrônico da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASTALDI, Suzana. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164>. Acesso em 02 jun. 2018.

HALES, David; PRESCOTT-ALLEN, Robert .Avaliação do processo rumo à sustentabilidade. Tradução Assef Nagib Kfourri. In: ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (Orgs.) *Governança ambiental global: opções & oportunidades*. São Paulo: Editora Senac, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARION, Jeferson. LUNELLI, Carlos Alberto. Meio Ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo. In: *Revista Opinión Jurídica*, vol. 10, Medellín, dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000300005>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MILARÉ, Edis. *Tutela jurídico-civil do ambiente*. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, 1995.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MOTA, Tercio De Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura%03E>. Acesso em 10 jul. 2018.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Jurisdição Civil Coletiva e a Proteção dos Direitos Metaindividuais pelos partidos políticos*. Feira de Santana: Sitientibus, n. 27, p. 11-39, jul./dez. 2002.

RONCONI, Elizangela Pieta. *O valor constitucional da sustentabilidade com sua pluridimensionalidade: ética, social, econômica, jurídico político e ambiental*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b742ae215adf18b>>. Acesso em: 20 maio 2018.

THAMAY, Renan Faria Kruger. *O processo coletivo como forma de realização da sustentabilidade*. Disponível em: <<https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943454/o-processo-coletivo-como-forma-de-realizacao-da-sustentabilidade>>. Acesso em: 02 maio 2018.

VEIGA, José Eli da. Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor. 2. ed. São Paulo: Senac, 2010. In: *Revista Química Nova*. O que é sustentabilidade? São Paulo, n. 01, v. 33, 2010.

Gestor público eficiente e a utilização do meio adequado no recebimento dos créditos públicos: uma análise sob o enfoque contemporâneo do direito fundamental de acesso à justiça e da probidade administrativa

Fabrcio Veiga Costa¹

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares²

1. Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo a análise crítica da gestão no recebimento dos créditos públicos, à luz do princípio constitucional da eficiência e da probidade administrativa.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância social, prática e teórica, considerando-se o excesso de judicialização, cujo responsável maior é o próprio ente público e o desperdício de recursos em razão da gestão irracional e descriteriosa daquele que opta pela via adjudicativa em detrimento

¹ Doutorado e Mestrado em Direito Processual pela Pucminas. Pós-Doutorado em Educação pela UFMG. Professor da pós-graduação *stricto sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Coordenador Adjunto do curso de Direito da Universidade de Itaúna. Professor da graduação em Direito da UIT; Fapam; FPL; Fasete; Faminas-BH. Coordenador dos grupos de pesquisa “Caminhos Metodológicos do Direito” e “Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais”. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual; Direito de Família e Direito Educacional pela Pucminas.

² Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Servidora pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professora universitária.

de outros métodos mais adequados e eficientes no recebimento do crédito público.

Por isso, torna-se importante esclarecer ao longo do debate proposto que a responsabilização por ato de improbidade administrativa deverá perpassar pelo preenchimento de requisitos legalmente estabelecidos, de modo a identificar inexoravelmente a lesividade ao patrimônio público e a ilegalidade decorrente da violação de princípio de direito administrativo.

Ao longo do trabalho pretende-se levantar aporias e problematizar o debate do tema na perspectiva crítico-epistemológica, evidenciando as questões relacionadas ao acesso à justiça e o excesso de judicialização, de modo a estimular uma mudança paradigmática e cultural na forma de solucionar os conflitos envolvendo o poder público com eficiência capaz de promover uma evolucionariedade em benefício de toda a coletividade.

O estudo desafia uma análise teórica da lei de improbidade administrativa, da lei de responsabilidade fiscal, bem como do direito fundamental de acesso à justiça, com proposições que visam ao aumento da efetividade de axiomas que hoje são abnegados, em razão de uma distorcida ou ausente racionalidade do gestor, no trato com a coisa pública.

Num primeiro momento, serão analisados os aspectos contemporâneos de acesso à justiça e do sistema de múltiplas portas de resolução de conflitos, bem como a malfadada crise do judiciário, com o enfoque sob o princípio constitucional da eficiência no recebimento dos créditos público.

Na seqüência, será analisada a iniciativa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consubstanciada no Projeto de Execução Fiscal Eficiente, implementado como forma de viabilizar o cumprimento da Meta 3/2010 estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como se abordarão, exemplificadamente, meios extrajudiciais de recebimento do crédito público, como

instrumento de realização das diretrizes estabelecidas pelas leis de responsabilidade fiscal e improbidade administrativa.

Analisar-se-ão as conseqüências jurídicas da recalcitrância do gestor público que, em patente lesão ao erário, deixar de observar a forma mais adequada e eficiente na cobrança dos créditos públicos.

Destarte, serão lançados apontamentos acerca da problemática tratada nesta pesquisa, traçando proposições consolidadas na necessidade de implementação de uma atuação mais responsável do gestor público, com vistas à correta utilização de recursos públicos em benefício de toda coletividade

Foi nesse contexto propositivo que se delimitou o objeto da pesquisa: a judicialização de execuções fiscais sem a racionalidade crítica necessária ao gestor, na escolha do método mais eficiente de cobrança dos créditos públicos pode ensejar a sua responsabilização por ato de improbidade administrativa? A cobrança extrajudicial do crédito fiscal quando a judicialização se mostrar economicamente prejudicial aos cofres públicos configura renúncia de receita?

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível problematizar o debate teórico da temática proposta, ultrapassando-se a abordagem dogmática para, assim, apresentar uma leitura crítica de institutos trazidos como referenciais das normas legais e jurisprudenciais em comento.

A escolha do método dedutivo viabilizou a delimitação do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo sobre a judicialização de execuções fiscais, no contexto do acesso à justiça e dos atos que possam configurar improbidade administrativa, para uma abordagem pontual da lesividade ao erário provocada pela escolha descriteriosa da forma de cobrança dos créditos públicos, mediante a construção de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas.

2. Aspectos contemporâneos do direito fundamental de acesso à justiça e o sistema multiportas - “*multidoor courthouse system*”: um enfoque sobre a crise do judiciário e o princípio constitucional da eficiência

Hodiernamente, o acesso à justiça pode ser compreendido como o direito que assegura a possibilidade de buscar, com efetividade, o bem da vida violado, não mais se identificando como mera possibilidade de ingresso em juízo.

A sistematização teórica de tal direito funda-se na premissa de que “o acesso à justiça vem sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Isso porque, originalmente, o acesso à Justiça era entendido como o direito de recorrer ao Judiciário para solucionar as mazelas decorrentes das relações humanas e sociais, ou seja, consubstanciava-se no direito de ação visto tão somente em seu aspecto formal. Ocorre que em razão das transformações sociais e daquelas provocadas pelo movimento de constitucionalização do processo, entender o acesso à justiça nesse jaez restritivo e limitante não é mais possível.

Mauro Cappelletti e outros estudiosos identificaram as agruras do judiciário e propuseram, no Projeto de Florença, elaborado na década de 70, soluções que visavam estabelecer outras portas e alternativas de solução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Esse fenômeno que ganhou destaque mundial, conhecido como “Ondas Renovatórias do Direito Processual” foi considerado o precursor do incentivo aos meios autocompositivos, vindo ao encontro das necessidades da evolucionariedade instituída pelo Estado Democrático de Direito, dentre as quais, destaca-se a de propiciar com efetividade de justiça aos cidadãos.

O sistema multiportas é uma proposição teórica que nasceu da necessidade de se enfrentar a crise intercontinental do judiciário, oferecendo ao jurisdicionado outras formas de resolução de conflitos,

além do exercício solitário e unilateral decorrente do sistema jurisdicional, o qual se mostra muitas vezes tardio e oneroso.

E é nesse panorama que no Brasil, se destacou o Projeto de Lei nº 4.827/98, de autoria da Deputada Federal Zulaê Cobra, primeira iniciativa de institucionalização da mediação. E, em seguida, o Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou o segundo projeto que visava à implementação da mediação como mecanismo complementar de solução de conflitos no processo civil. Na sequência, os dois projetos alhures mencionados foram reunidos e aprovados pela Comissão de Constituição e Justiça, gerando o PLC 94/2002.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº125 instituindo uma política nacional de tratamento adequado aos conflitos no âmbito do poder judiciário, influenciando sobremaneira a edição das Leis nº 13.140/15 e 13.105/15.

A partir dessa digressão história e evolutiva do direito fundamental de acesso à justiça é que se permite concluir que o judiciário não é mais a única via à disposição do gestor público para recebimento dos créditos fiscais. Ou seja, existem, como se abordará adiante, outros meios que, muitas vezes, se mostrarão mais adequados e eficientes, impondo-se, nestes casos a sua observância.

É importante dimensionar a significativa contribuição dos executivos fiscais no caótico cenário de abarrotamento do judiciário brasileiro. As aludidas ações somam cerca de 38% dos casos em tramitação no judiciário, sendo 75% das execuções pendentes, com uma taxa de congestionamento de 91% (BRASIL; CNJ, 2017).

É nesse jaez de excessiva e descriteriosa judicialização que se verifica afronta ao caro princípio constitucional da eficiência, em flagrante lesão ao erário que, ao invés de reaver valor que lhe é devido, despende de recursos públicos para suportar um processo cujo custo supera o crédito fiscal inadimplido.

Á propósito, é de se ressaltar que os princípios no ordenamento jurídico vigente não são reconhecidos como simples recomendação,

sendo, portanto, normas de caráter cogente, obrigando-se os sujeitos a que a ela se subordinam. (MARINELA, 2012).

Gisela Gondin Ramos, citada por Maria Olga Rodrigues de Araújo, nos ensina que:

A qualificação dos princípios [...] como norma jurídica é importante na medida em que, com a evolução do pensamento jurídico, eles deixaram de ser postulados meramente indicativos, quando muito subsidiários, ou simplesmente supletivos do ordenamento, para se tornarem verdadeiramente indispensáveis, vinculantes, o que significa dizer com capacidade de impor obrigações e direitos no mundo fático [...]. A partir de então, a decisão judicial nestas condições deverá, necessariamente, que estar amparada em princípios jurídicos, que são normas. (RAMOS *apud* ARAÚJO, 2017).

Por sua vez, com o advento da Emenda Constitucional nº19/98, expressamente se consignou o princípio da eficiência que norteia o Direito Administrativo o qual abordaremos no presente estudo, e pode ser compreendido como:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum. (MARINELA, 2012)

Em relação aos serviços públicos, a Lei nº 8.987/95 já dispunha sobre a necessidade de se observar o princípio da eficiência, com o aperfeiçoamento da sua prestação, eficácia quanto aos meios de implementação e quanto aos resultados obtidos. (MARINELA, 2012).

Não se olvide que decorre do próprio estado democrático de direito a necessidade de os agentes públicos e políticos justificarem

racionalmente e, conforme o direito, as suas ações perante o povo. (OMMATI apud FERNANDES, 2018).

É, buscando a concretização do princípio constitucional da eficiência que o Conselho Nacional de Justiça traça diretrizes e metas a serem implementadas pelos Tribunais em todo território nacional, tema que será enfrentado no próximo capítulo.

3. O projeto “Execução Fiscal Eficiente” e a adoção dos meios adequados para recebimento dos créditos públicos

Registre-se, por oportuno, que a situação de excessiva judicialização de execuções fiscais é alarmante culminando na estipulação de metas pelo Conselho Nacional de Justiça a serem atingidas pelos tribunais de todo país.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais se destacou com a elaboração de projeto intitulado “Execução Fiscal Eficiente”, em parceria com o Tribunal de Contas do Estado, o qual foi regulamentado pela portaria conjunta nº 317/2013 revogada pela portaria conjunta nº 373/PR/2VP/3VP/CGJ/2014, alterada, por sua vez, pela portaria conjunta nº 668/PR/2017, a qual, considerando as deliberações do Comitê do Plano Estratégico Nacional do Poder Judiciário para os anos de 2015 o instituiu, no âmbito da Justiça Comum de Primeiro Grau do Estado de Minas Gerais.

O aludido projeto prevê a priorização pelo gestor público de meios extrajudiciais de recebimento dos créditos públicos, como a autocomposição, o protesto, a cobrança bancária etc., considerando o que dispõe o art. 14, §3º, II da lei de responsabilidade fiscal³ e de

³Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de

estudo realizado pelo CNJ⁴ sobre alto custo de cada processo de execução fiscal, do longo tempo de duração e dos resultados insuficientes deles decorridos, com previsão, inclusive, de extinção de execuções já judicializadas.

Destaca-se dentre os meios extrajudiciais consignados no aludido projeto, a autocomposição, a qual figura como uma das medidas menos onerosa e mais eficiente, mormente se agregada à tecnologia da informação e comunicação e se comparada ao moroso e caro processo de execução fiscal.

Importante esclarecer que a mediação, a conciliação e a negociação direta, enquanto meios autocompositivos, não tem como finalidade o desafogamento do judiciário, sabendo-se que a sua utilização, conseqüentemente culmina numa melhora no gerenciamento e redução de acervo processual.

Ocorre, que não obstante a expressa previsão legislativa contemplada na lei nº 11.140/15 e no atual código de processo civil para a utilização pela fazenda pública dos meios autocompositivos, inclusive com permissão para a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos fiscais, ainda se mostra incipiente a sua utilização e escolha pelos gestores públicos, especialmente, no âmbito municipal.

Para facilitar a adesão e incentivar a utilização da autocomposição pelos *repeats players*, dentre os quais se destaca a fazenda pública, o CNJ desenvolveu plataforma digital para resoluções de disputas em rede, também chamada de ODR (*online dispute resolution*) ou mediação digital, instrumento que além de reduzir o

isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

⁴ Detalhamento dos dados estatísticos divulgados pelo CNJ no estudo intitulado “A execução fiscal no Brasil e o impacto no judiciário”.

tempo gasto na cobrança dos créditos fiscais, elimina obstáculos geográficos que impediriam eventuais negociações presenciais.

Nesse contexto, não se pode esquecer que a popularização da internet que ganhou destaque nos anos 90 especialmente com a criação dos provedores de serviço de internet (*internet service providers- ISPs*), promoveu e permanece promovendo uma transformação social sem precedente.

Assim, a utilização de plataformas digitais como ferramentas comunicacionais, no âmbito das cobranças de créditos públicos promoverão, além de uma atuação sustentável no recebimento do crédito tributário, a correta destinação e utilização do dinheiro público.

O jurista alemão Reinhard Greger (1997) ao tratar do tema, nos ensinou que o processo tradicional, além de provocar excessiva perda de tempo e força de trabalho, culmina em distúrbios nas relações humanas e sociais.

Como mecanismo extrajudicial de cobrança do crédito tributário, também merece realce o protesto em cartório de Certidão de Dívida Ativa (CDA), o qual tem previsão legal desde 2012, quando a lei 12.672 acrescentou o parágrafo único no artigo 1º da lei 9.942, de 10 setembro de 1997.

O protesto de dívida ativa promove uma atuação sustentável do gestor público, na medida em que não gera custo aos cofres e tem-se mostrado mais imperativo, face ao seu caráter limitador do crédito, o qual condiciona o restabelecimento das condições comerciais do contribuinte à quitação ou negociação da dívida tributária preterida.

Segundo dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça o protesto é 20% mais eficiente que a execução fiscal.⁵ (BRASIL; CNJ, 2017).

⁵ “O protesto em meio eletrônico é altamente vantajoso para todos, pois interrompe a prescrição da dívida. Além disso já está comprovado que a taxa de recuperação da dívida por protesto é muito superior (cerca de 20%) ao índice de recuperação mediante execução fiscal – cerca de 5%”

Além dos dois meios extrajudiciais aqui mencionados existem vários outros, não sendo o objeto deste trabalho a abordagem exaustiva desses instrumentos mas, apenas o de demonstrar a inevitabilidade de se reconhecer a falência do modelo adjudicatório de recebimento dos créditos públicos.

Ocorre que fundamentando em argumento retórico de que a não judicialização da cobrança do crédito fiscal configuraria renúncia de receita, os gestores descuram-se do estudo de viabilidade econômica determinado pela própria lei complementar nº101/2000, ao excluir das hipóteses do *caput* do art. 14 da lei de responsabilidade fiscal, a situação em que o valor da cobrança ultrapassar o valor a ser arrecadado.

É insustentável a invocação da discricionariedade quando a escolha realizada pelo gestor implicar em prejuízo aos cofres públicos, sob pena de se chancelar lesão ao erário, desprovida de qualquer racionalidade e fundamentação.

Evidencia-se, mesmo após ostensiva advertência e divulgação pelo CNJ e TJMG sobre os prejuízos advindos com a judicialização descriteriosa ainda são muitos os gestores que resistem à adesão de uma gestão fiscal eficiente no âmbito municipal, senão vejamos:

O Programa Execução Fiscal Eficiente foi abraçado pelas prefeituras de Bom Jesus da Penha, Bonito de Minas, Botumirim, Claro dos Poções, Cristália, Grão Mogol, Guaxupé, Jacuí, Juruáia, Monte Belo, Monte Santo de Minas, Montes Claros, Patos de Minas, Salinas e Três Pontas. Já as Comarcas de Araguari, Belo Horizonte, Boa Esperança, Contagem, Francisco Sá, Itabira, Juiz de Fora, Poços de Caldas e Santa Luzia aderiram com todos os municípios que as constituem. (BRASIL; TJMG, 2018)

Registre-se, por oportuno, o significativo resultado obtido por Município que aderiu ao Projeto criado pelo Tribunal mineiro, a saber:

Na Prefeitura de Belo Horizonte, que extingue execuções fiscais de baixo valor desde 2009, as dívidas inferiores a R\$ 10 mil são

desjudicializadas. Segundo o procurador-geral do Municpio, Rúsvel Beltrame, o valor economizado produz diversos benefcios, como a melhora da prestao jurisdicional, maior qualidade no trato das execues fiscais, definio de estratgias, entre outros. “A extino das execues fiscais e a utilizao do protesto tem um efeito imediato no aumento da arrecadao, bem como permite que o municpio concentre suas execues em crditos recentes e nos grandes devedores e grandes valores. Tais medidas racionalizaram o trato da execuo fiscal, permitindo-se trabalhar com qualidade e no s com quantidade, elaborando estratgias de atuao.(...) A cobrana administrativa, que evita o ajuizamento de processos, tem-se mostrado eficaz na recuperao dos montantes de menor valor. Em Belo Horizonte, conforme informaes da procuradoria municipal, no perodo de novembro de 2013 a setembro de 2016, 325,7 mil certides foram enviadas a protesto, sendo que 31,5 mil foram quitadas ou parceladas pelos contribuintes. Dessa forma, de um total de R\$ 528 milhes, o municpio recuperou, at o momento, o montante de R\$ 52 milhes.(BRASIL; TJMG, 2018).

Alm dos exemplos que abrangem a esfera municipal, o Estado de Minas Gerais, desde 2011 tambm j adota mecanismos que visam imprimir eficiêcia no recebimento dos crditos pblicos, confira-se:

Embora tambm adote a prtica desde 2011, o governo do estado de Minas Gerais cobra 90 mil certides de dvida ativa via protesto eletrnico. Segundo a Advocacia-Geral do estado, o valor mnimo para cobrar uma dvida no Poder Judicirio é de R\$ 35 mil para dbitos relacionados ao Imposto sobre Circulao de Mercadorias e Servios (ICMS) e R\$ 15 mil para as demais dvidas. De 2011 a 2015, foram economizados cerca de R\$ 138 milhes com 315 mil aes que deixaram de ser ajuizadas. (BRASIL, 2018).

Destaca-se o Decreto n^o 47.133, de 23 de janeiro de 2017 que altera o Decreto n^o 45.989, de 13 de junho de 2012, e dispoe sobre a utilizao de meios alternativos de cobrana de crditos do Estado e de suas autarquias e fundaes, viabilizando o no ajuizamento de execues cujos valores sejam considerados aptos

de serem recebidos extrajudicialmente, que a judicialização causaria prejuízo aos cofres, bem como de desistirem de execuções já em andamento cujos valores também se enquadrem naqueles critérios legalmente instituídos.

E é nesse viés de observância obrigatória do princípio constitucional da eficiência no recebimento dos créditos públicos é que se analisará, no próximo capítulo as conseqüências jurídicas da recalcitrância do gestor que opta injustificadamente pela judicialização de execuções fiscais fomentando a crise do judiciário e desencadeando lesão ao erário.

4 Improbidade Administrativa e a ausência de racionalidade crítica do gestor público na escolha do meio mais eficiente para cobrança dos créditos públicos.

De certo, a mudança cultural e comportamental proporciona desafios imensuráveis, os quais muitas vezes necessitam de um viés mais incisivo para serem experimentados. A justiça capaz de remendar o tecido social (*mending justice*) é aquela focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas (DIDIER JR; ZANETTI JR, 2016).

Nessa perspectiva é que se propõe uma reflexão acerca da responsabilidade do gestor no trato com a coisa pública, valendo colacionar as lições de (PAZZAGLINI FILHO *apud* ARAÚJO) sobre a probidade administrativa:

Dessa forma, a probidade administrativa, enquanto corolário dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, implica no atuar com honestidade, decência, honradez na gestão do patrimônio público, o qual abrangeria não somente os bens e direitos de valor econômico, mas também bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por exemplo (PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 57).

A lei 8429/92, regulando o art.37 §4º da Constituio da Repblica⁶ estabelece como atos de improbidade administrativa aqueles que de forma dolosa ou culposa, causem lesao ao erario, ensejando perda patrimonial, desvio, apropriacao, malbaratamento ou dilapidacao dos bens ou haveres das entidades pblicas e aqueles que atentem contra os principios da administraao pblica, sendo de se ressaltar que para consideravel parte da doutrina e jurisprudencia a configuracao de improbidade administrativa exige o elemento subjetivo essencial, qual seja, dolo, destacadamente quando se tratar de afronta a principio da administraao pblica.

Nessa senda, alem da tipificada ilegalidade exigir-se-a a qualificacao pelo elemento subjetivo da conduta do agente (ZAVASCKI *apud* ANDRADE, 2013).

E bem verdade que nos casos em exame em que o gestor judicializa execuao fiscal para recebimento de valor que nao ultrapassa aos custos do processo, alem de flagrantemente desprezitar o principio da eficiencia, de observancia obrigatoria, causa prejuizo ao erario.

Cinge-se a problematica desta pesquisa na polêmica e tormentosa responsabilizacao do gestor pblico que, em descumprimento ao principio da eficiencia, causando lesao ao erario ao optar pela forma de cobranca do credito tributario mais cara do que o proprio valor que se esperar receber. Ao passo, que desprestigia mecanismos que poderiam de forma satisfatoria e, sem custo a administraao, promover o recebimento do credito inadimplido.

Conforme delineamento legal e jurisprudencial, para a configuracao do ato de improbidade calcado em lesao ao erario, exige-se a demonstracao do elemento objetivo consubstanciado no

⁶Art. 37. A administraao pblica direta e indireta de qualquer dos Poderes da Uniao, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municipios obedecera aos principios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiencia e, tambem, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importara a suspenso dos direitos politicos, a perda da funcao pblica, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erario, na forma e gradacao previstas em lei, sem prejuizo da ao penal cabivel.

efetivo prejuízo aos cofres públicos e do elemento subjetivo o qual, por sua vez, poderá se manifestar através da culpa ou dolo.

Nesse sentido, para se compreender o alcance da lei de improbidade, faz-se necessária recorrer à definição conceitual de culpa trazida pelo art.do CPB, segundo o qual, haverá culpa.

Mostra-se necessário esclarecer que ao contrário do que alguns autores defendem, a culpa caracterizadora do ato de improbidade previsto no art. 10 da lei nº 8429/92 é a culpa simples e, nesse sentido, vem se pronunciando o Superior Tribunal de Justiça, sendo desnecessária a demonstração do dolo ⁷.

Conclui-se, portanto, que a conduta do gestor que efetivamente cause dano ao erário ao utilizar-se de um processo judicial, cujo custo ultrapassa ao valor do crédito pleiteado, negligenciando aos ditames estabelecidos tanto pela lei de responsabilidade fiscal, quanto pelo princípio constitucional da eficiência, deve se enquadrar nas hipóteses de improbidade administrativa, prevista no art. 10 da LIA.

Até porque, entender de forma contrária ensejaria reduzir a aplicação da lei de improbidade em hipóteses raríssimas em que se conseguisse adentrar e comprovar o subjetivismo da intenção do gestor, o que serviria de alibi para prática de atos ilegais e ímprobos em razão da certeza da impunidade.

É evidente que não se está aqui pretendendo considerar ímproba meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa, mas de configuração, quando o gestor, comprovadamente, causar prejuízo/dano ao erário, por negligenciar formas adequadas e eficientes de gestão fiscal, muitas vezes até com fins eleitoreiros, uma vez que a execução fiscal não impacta de forma tão considerável o crédito do devedor como o protesto.

Igualmente deve-se esclarecer que não se pretende chancelar a tese já afastada pelo Supremo Tribunal Federal de

⁷(AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016.)

responsabilizao objetiva⁸. Mas, de realcar a possibilidade de atraves de atenta analise dos elementos faticos, se apurar o efetivo dano e o elemento volitivo culpa, ou seja, atraves de uma analise exauriente das provas apresentadas em cada caso.

Em outras palavras, a configuracao do ato de improbidade na hipotese trabalhada neste estudo exige a acurada analise do caso concreto e da motivacao da decisao que o reconhecer, nao bastando a presuncao de prejuzo.

Frise-se que a improbidade a que se faz mencao na presente pesquisa, ou seja, aquela consubstanciada na pretericao culposa do principio constitucional da eficiencia, capaz de gerar efetivo dano ao erario, devera ser apurada no inquerito civil e, de forma dialogica e participada na propria acao de improbidade administrativa.

Outrossim, a dialogicidade decorrente da argumentacao e da efetiva participacao serao os instrumentos necessarios a apuracao das peculiaridades do caso concreto, conforme nos ensina (GUNTHER, 2000):

‘Se toda norma valida requer um complemento coerente com todas as outras que podem ser aplicadas prima facie a situacao, entao o significado da norma esta se alterando em cada uma das situacoes. Desta maneira, dependemos da historia, cada momento que encaramos uma situacao que nao poderiamos prever e que nos forca a alterar nossa interpretacao de todas as normas que aceitamos como validas.

Assim, atraves de um processo democratico viabiliza-se aos interessados a possibilidade de participar da construcao do merito processual. (COSTA, 2017).

Nao se deve olvidar que a inobservancia da forma mais eficiente para recebimento dos creditos publicos vai alem do que a

⁸É inadmissivel a responsabilidade objetiva na aplicacao da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presenca de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coibem o enriquecimento ilicito e o atentado aos principios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erario. (tese 1 do STF)

proliferação de ações que são consideradas entraves e gargalos do judiciário brasileiro, a adoção equivocada de meios ineficientes ao recebimento dos créditos públicos impede a correta destinação das verbas públicas para custeio de frentes tão caras à população como saúde e educação, fomentando, inclusive, o malfadado ativismo judicial.

Além disso, mostra-se urgente a necessidade de se combater a erva daninha da corrupção que vem corroendo as estruturas do Brasil⁹ e, o afastamento da improbidade nesta hipótese chancelaria com o manto da “ilegalidade aceitável” atos com interesses iminentemente privatísticos capazes de influir em todo um sistema judiciário e de gerenciamento e implementação de políticas públicas, as quais são rotineiramente preteridas sob o famigerado argumento de ausência de recurso.

Destarte, a utilização de meios extrajudiciais e alternativos mais eficientes no recebimento do crédito público é medida impositiva ao gestor, por força do princípio constitucional da eficiência, quando o custo do processo judicial superar o valor executado, sob pena de incidência das sanções previstas na lei de improbidade administrativa, por configurar efetivo dano ao erário em decorrência de ato negligente do gestor.

5. Considerações finais

Na perspectiva das contendas judicializadas, destacadamente nos casos envolvendo ente público, um dos maiores litigantes habituais, nas cobranças de seus créditos, mostra-se necessário o rompimento com arquétipo de resolução de querelas apenas pela

⁹Segundo o Fórum Econômico Mundial, o Brasil está entre os quatro países mais corruptos do mundo, estando atrás apenas de Chade, Bolívia e Venezuela, que lidera o *ranking*. Tal índice leva em consideração a habitualidade do desvio de fundos públicos para empresas e grupos e do suborno por parte das empresas, além da qualificação da ética dos políticos.

Fonte: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html>. Acesso em: 09 out. 2017.

via tradicional e adjudicativa, uma vez que a ineficiêcia de tal modelo é inegável.

Assim, a resignificaçãõ de acesso à justiça com a ampliaçãõ de seu espectro, desperta na sociedade como um todo a criatividade para inovar em técnicas e mecanismos mais eficientes e capazes de satisfazer aos seus próprios anseios, desvencilhando-se cada vez mais do monopólio estatal da jurisdição.

Outrossim, a valorizaçãõ de meios extrajudiciais que permitem o acesso rápido e descomplicado à soluçãõ do conflito é medida que se impõe e, para isso, os gestores públicos devem se atentar de maneira urgente e responsável para o correto encaminhamento de suas cobranças à porta mais adequada, promovendo a implementaçãõ de câmaras privadas de mediaçãõ, físicas e virtuais e sua ampla divulgaçãõ de modo a cumprir o tão caro e por demais relegado princípio da eficiêcia.

Salienta-se, portanto, que a gestão construtiva que é permitida através de técnicas utilizadas na resoluçãõ colaborativa, coadunam-se com o modelo de múltiplas portas inaugurado pela legislaçãõ infraconstitucional vigente, sendo um importante instrumento democrático de resoluçãõ de conflitos.

Propõe-se, então, uma análise do dano efetivo e da negligêcia do gestor a partir dos elementos fáticos trazidos aos autos, através do confronto dialógico e participado das partes, de modo a se permitir a construçãõ judicial de forma motivada.

Nesse íterim, pode-se concluir que a ausêcia de racionalidade crítica do gestor público que descumpre o princípio da eficiêcia e cause efetivo dano ao erário, no recebimento dos créditos públicos, poderá ensejar responsabilizaçãõ por ato de improbidade administrativo, desde que presente o elemento volitivo culpa, identificado através de uma acurada análise dos elementos fáticos demonstrados e debatidos em um processo democrático e dialógico.

Através dessa pesquisa, levantou-se aporias e demonstrou-se a porosidade da temática abordada, de modo a despertar a

curiosidade epistemológica no que atine ao desenvolvimento e realização de novos estudos que venham a compreender sistematicamente de forma crítica os institutos postos.

6. Referências

ALTAMIRANO, Cláudia. Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. *El País*, Cidade do México, 6 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html>. Acesso em: 09 out. 2016.

ALVAREZ, Gladys Sttela; HIGHTON, Elena.I. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

ALVES E SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Agueda Cristina Galvão Paes de. *O dolo eventual e improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-dolo-eventual-e-improbidade-administrativa-por-violacao-aos-principios-da-administracao-publica,44994.html>> . Acesso em: 15 ago. 2018.

ARAÚJO, Maria Olga Rodrigues de. *O dolo eventual como elemento subjetivo para a configuração dos atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública*. Trabalho de conclusão de curso, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3253/1/O%20dolo%20eventual_TCC_Ara%C3%BAJo> Acesso em: 15 ago. 2018.

ARENHART, S. C.; OSNA, G. *Os acordos processuais no Novo CPC: aproximações preliminares*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 39, abr. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

BRASIL. *Constituio da Repblica de 1988*. Disponvel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL.. *Lei n 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispoe sobre as sancoes aplicaveis aos agentes pblicos nos casos de enriquecimento ilcito no exercicio de mandato, cargo, emprego ou funcao na administracao pblica direta, indireta ou fundacional e da outras providencias. Disponvel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Decreto n 45.989, de junho de 2012. Disponvel em <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2012/d45989_2012.htm> Acesso em: 15 ago. 2018,.

BRASIL. *Decreto n 47.133*, de 23 de janeiro de 2017. Disponvel em <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2017/d47133_2017.htm> Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. *PLC n 94/2002*. Disponvel em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/53367/pdf>> Acesso aos: 11 Jul. 2018.

BRASIL. *Lei n 13.105*, de 16 maro de 2015. *Codigo de Processo Civil*. Disponvel em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL.*Lei n 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponvel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL.*Decreto n 592*, de 6 jul. 1992. Disponvel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar n 101/2000* de 4 mai. 2000. Disponvel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 737.279/PR*. Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJe de 21 de maio de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=780015&num_registro=200500449820&data=20080521&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 765.212/AC*. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe de 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=832125&num_registro=200501086508&data=20100623&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.259.350/MS*. Primeira Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe de 29 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1266548&num_registro=201101316490&data=20140829&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.275.469/SP*. Primeira Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe de 09 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.504.744/MG*. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe de 24 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1398475&num_registro=201402469331&data=20150424&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Projeto execução fiscal eficiente reduz acervo de execuções fiscais no TJMG. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83530-projeto-execucao-fiscal-eficiente-reduz-acervo-de-execucoes-no-tjmg>> Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. *Relatório Justiça em Números 2017*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/imagens/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2017.pdf> Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. *Resoluçao n^o125/2010*. Conselho Nacional de Justica.Disponivel em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso aos 12 jul.2018.

CAMMAROSANO, Mrcio; PEREIRA, Flvio Unes. Improbabilidade administrativa e a jurisprudncia do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9^o e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Revista CEJ*, Braslia, Ano XVII, n. 61, p. 115-121, set./dez. 2013. Disponivel em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1835/1793>>. Acesso em: 30 out. 2017.

CABRAL, Antnio Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da.*Negociao direta ou resoluo colaborativa de disputas (collaborative law)*: “mediao sem mediador”. REPRO.Vol. 259. 2016.

CADIET, Loic. “Les Conventions relatives au process en droit franais. Sur la contractualisation du rglement des litiges”. In: *Quaderni Della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffr editore, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant.*Acesso à Justia*.Trad. Ellen Gracie Northfleeth. Porto Alegre, Fabris: 1988.

COBRA. Zulaiê. *Projeto de Lei n^o 4.827 de 1998*. Institucionaliza e disciplina mediao, como mtodo de preveno e soluo consensual de conflitos. Disponivel em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

COELHO, Bruna Vianna de Almeida; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. *O Novo Cdigo de Processo Civil e o Sistema de Justia Multiportas the new brazilian code of civil procedure and the multidoor courthouse*. Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil. Univali. 2016. Disponivel em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/index>>. Acesso aos: 12 jul. 2018.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tcnica del “giusto processo”*. Turim: Giappichelli, 2004.

COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoria del conflicto social*. Buenos Aires, 1970.

COSTA, Fabrício Veiga. O acesso à justiça como direito ao mérito participado nas ações coletivas. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v.3, n. 1, jan-jun. 2017, Brasília, p. 109-130. Disponível em <http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2418/pdf>. Acesso em 16 fev. 2018.

CUNHA, Pedro; LOPES, Carla. Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação? *Revista Antropológicas* 2011, Disponível em: <<http://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1035>> Acesso aos 11. jul. 2018.

DIAS, Maria das Graças dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Aírto. *Mediação: Uma tendência de caráter político-pedagógico*. In: Os (dês) caminhos da jurisdição. SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo Tarso. (Org.) Forianópolis, Conceito Editorial, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; (Coord.) *JUSTIÇA MULTIPORTAS* mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESPAÑA. *Decreto Lei 5/2012*. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf>> acesso aos 24 set. 2017.

FACHADA, Maria Odete. *Psicologia das Relações Interpessoais*. São Paulo: Rumus, 1998.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Crise no Modelo de Justiça: Paradigma Procedimental da Construção Normativa e o Novo Papel dos Operadores do Direito*. *Revista Urutágua(Online)*, MARINGÁ, v. 5, 2004.

FERRAÇO, Ricardo. *Projeto de Lei nº 7.169* de 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJBrasil*^{1º} semestre 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>Acesso em: 05 set. 2017.

FULLER, Lon. *Mediation. Its Forms and Functions*, Cal. L. Rev. vol. 305, 1971.

GUSTIN, Miracy; PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. ed. DPacido, Belo Horizonte, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*. Cadernos de Filosofia Alemã 6. Disponível em: <file:///C:/Users/Computer/Downloads/69481-Texto%20do%20artigo-108309-1-10-20140404.pdf> Acesso em: 16 ago. 2018.

GREGGER, Reinhard. Da luta pelo direito ao processo civil do futuro. Universidade de Erlangen – Alemanha, *Revista Juriszeitung*, 1997.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEIPOLD, Dieter. *Elementos orales y escritos em la fase introductoria del proceso civil*. In: CARPI Federico; ORTELLS, Manuel. Orallidad y escritura em um proceso civil eficiente. Valencia: Universidad de Valencia, 2008.

MACHADO, Edinilson Donisete; NOMIZO, Silva Leiko. *A fundamentalidade do direito ao acesso à justiça*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/8xr5fot5/5RV18LyZkYiIo6T4.pdf>.> Acesso em: 22 nov. 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6. ed. , Niterói. Impetus,2012.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Autonomia privada e autocomposição extrajudicial dos litígios*. Dissertação de mestrado, Faculdade Federal da Bahia, Salvador 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10785/1/Ana.pdf>>. Acesso aos 12 jul. 2018.

MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade”. *Novos Estudos* n° 58. São Paulo: CEBRAP, nov. 2000.

MEDEIROS, Alessandro M. *Filosofia Política Moderna*. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/filosofia-politica/filosofia-moderna/os-contratualistas/hobbes/>> Acesso em: 11 dez. 2017.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça democrático*. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 5.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

OTEIZA, Eduardo. Punto de vista: *MARC/ADR y diversidad de culturas*: El ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada en congreso de la asociación internaciona de derecho procesal sobre modos alternativos de solución de conflictos em la Universidade Paris 1, Sorbone, 21/25-9-2005. Disponível em: <<http://www.academia .edu>> Acesso aos 28 nov. 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública*. 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012. Disponível em: <http://www.observatorio.direito.ufba.br/sites/observatorio.direito.ufba.br/files/mediacao_enquanto_politica_publica.pdf#page=48> Acesso aos: 12 jul. 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Interao entre Novo CPC e Lei de Mediao*: primeiras reflexes. Gen Jurcdico, 9 abr.2015. (Disponvel em: <<http://genjuridico.com.br/2015/09/04/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes>> Acesso em: 05 set. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et AL. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematizao*. 3.ed.rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). *Processo Civil Brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: DelRey, 2016.

Incidente de assunção de competência: coletivização objetiva, efeito vinculante e sustentabilidade¹

Magno Federici Gomes²

Eler da Silva Reis³

1. Introdução

Historicamente, a sociedade tem se valido de mecanismos que visam à estabilizaçãodas relações sociais. Atualmente, tem se destacado a utilização da hierarquização das decisões judiciais, ou seja, a imposição da submissão às decisões judiciais tidas por hierarquicamente superiores. Tradicionalmente, este método já é utilizado nos países de cultura jurídica *common law*. No entanto, recentemente foi incorporado ao Direito brasileiro como forma de

¹Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

² Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

³ Pós-graduado em Direito Processual pela PUC Minas. Graduado em Direito pela PUC Minas. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5838360098706940>>. Endereço eletrônico: elerpucminas@hotmail.com

reduzir o tempo de tramitação procedimental. Porém, no Brasil, a origem deste poder hierárquico nas decisões tem sido alvo de questionamentos, onde há quem defenda que a origem do poder deveria ter se dado por emenda constitucional⁴ e, outros, que se contentam com a sua aprovação por lei ordinária⁵.

Em razão disto, este trabalho se propõe a demonstrar que a decisão vinculativa do incidente de assunção de competência apresenta fragilidades quanto a sua origem no sistema jurídico brasileiro e, ao final, tecer as considerações atinentes ao citado problema. Para isto, utiliza-se o método teórico documental e qualitativo, com emprego de pesquisa bibliográfica.

O marco teórico para esta pesquisa se funda na divergência entre os autores Fredie Didier Júnior (2017, p. 759) e Araken de Assis (2016, p. 341) acerca da legitimidade constitucional do instituto, pois, enquanto o primeiro exalta a adoção do método, o segundo chama a atenção para sua possível ilegitimidade constitucional. Como hierarquicamente a decisão em incidente de assunção de competência foi classificada como vinculante, passando a integrar o microsistema de precedentes judiciais brasileiro, inicialmente será apresentada uma breve noção sobre precedentes e poder vinculante para, a partir daí, passar à exposição do incidente de assunção de competência e a (in) constitucionalidade do efeito vinculante. Por se tratar do fundamento do sistema de precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil (CPC), o tema merece especial atenção.

2 Teoria dos precedentes

Neste capítulo pretende-se explorar um pouco da teoria dos precedentes inserindo-a num contexto histórico. Como origem dos

⁴ Araken (2016, p. 341) diz que é duvidosa a constitucionalidade do efeito vinculativo.

⁵ Para Didier Júnior (2017, p. 759), trata-se de um instrumento destinado a concretizar a tutela da segurança jurídica.

precedentes, adota-se o entendimento de Pereira Filho e Cordeiro (2016, p. 61-62), segundo qual, a técnica surgiu no *common law*.

Desde os tempos mais remotos a sociedade de pessoas vem se moldando progressivamente. Com o passar do tempo muito se modificou, sendo que a principal alteração observável tem ocorrido no âmbito da Administração Pública⁶, sobretudo no que diz respeito à separação de competências. Com o declínio do imperialismo, a cultura jurídica passou a desempenhar um importante papel na Administração Pública. As duas principais culturas jurídicas que se estabeleceram foram a *common law* e a *civil law*. A *common law* desenvolveu-se nos países britânicos, ao passo que a cultura *civil law* prosperou nos demais países.

Até o século XI a sociedade inglesa era tida como sendo uma sociedade tribal, onde as relações se davam principalmente pela tradição. Como resultado disto, a sociedade inglesa carecia de organização administrativa formal. Isto se deu até que a conquista do território inglês pelos normandos fez com que novas medidas fossem adotadas a fim de manter o controle administrativo sobre o território conquistado. Uma das medidas adotadas afetou diretamente o Direito, pois, organizou competências permitindo o fortalecimento do Poder Judiciário, que até então, consistia na aplicação reiterada de costumes.

Valendo-se da tradição que já fazia parte do cotidiano inglês, os julgadores passaram a organizar as decisões judiciais, de modo a ter um arquivo apto a subsidiar decisões de casos semelhantes. Assim, a técnica de uniformização de decisões que se desenvolveu ficou conhecida como precedentes⁷, pois as decisões já proferidas podiam ser invocadas na solução de controvérsias futuras.

No século XIV a técnica dos precedentes passou a ser influenciada por um costume, até então, estranho às práticas

⁶ Kalil e Ferreira (2017, p. 347) destacam as constantes mudanças de paradigmas.

⁷ Faz-se necessário destacar que naquela época os precedentes ainda não eram de observância obrigatória, ou seja, ainda não possuíam o efeito vinculante, tendo caráter apenas persuasivo.

jurídicas vigentes. Eventuais insatisfações com o provimento jurisdicional passaram a fazer parte do cotidiano real, tornando comuns questionamentos perante o rei. Isto levou o rei a delegar poder de decisão ao seu chanceler, a fim de que este respondesse aos questionamentos envolvendo a correta aplicação dos costumes. Devido ao apressamento à isonomia de tratamento, esta sistemática adotada ficou conhecida como *equity law*.

Embora o *equity law*, não tenha tido adesão suficiente para suprimir o *common law*, seu legado contribuiu para o aperfeiçoamento do processo de uniformização das decisões, inclusive, influenciando na incorporação do movimento “*stare decisis*”, onde os precedentes passaram a possuir efeito de vinculação obrigatória.

3 Efeito vinculante

Visto que ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar o efeito vinculante, este capítulo apresenta uma breve contextualização sobre este efeito. Assim, será possível constatar que os países de cultura jurídica *civil law* também têm adotado a técnica do efeito vinculante nas decisões judiciais, inclusive o Brasil, onde será demonstrado o processo de introdução da decisão com efeito vinculante.

Estudos sobre o assunto dão conta de que a utilização dos precedentes para influenciar casos semelhantes chega a se confundir com a própria história do direito comum inglês. Isto se deve, sobretudo, pelo fato da persuasão da decisão judicial ser aplicada desde o século XI nos países de origem anglo-saxônica. No entanto, como Tucci (2003, p. 156) ressalta, foi somente a partir da segunda metade do século XIX que as decisões, que eram persuasivas, passaram a possuir efeito de vinculação obrigatória para os casos semelhantes.

No sistema *common law*, logo que a técnica da vinculação obrigatória passou a ser utilizada, rapidamente ela ganhou notoriedade

e força com o movimento *stare decisis*. Marinoni (2016, p. 33) ressalta que este movimento constitui um elemento de destaque no modelo jurídico baseado na *common law*. Com isto, após incorporar o “*stare decisis*”, a institucionalização do poder vinculante da decisão judicial passou a se propagar rapidamente no *common law*.

Como se nota, conferir efeito vinculante à decisão, foi o método adotado para estabilizar o resultado de decisões semelhantes no sistema *common law*. Porém, o apelo pela coerência nas decisões em casos semelhantes não ficou adstrito ao *common law*, pois, assim como ocorreu com o precedente judicial; que foi desenvolvido no *common law* e tornou-se obrigatório pela teoria do *stare decisis* (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 97), os países influenciados pela tradição jurídica do civil law também atribuíram efeitos às decisões. Ao fazer um paralelo entre os precedentes e as súmulas vinculantes, Bahia e Ladeira (2014, p. 87) apontam a presença da decisão vinculante no Direito de Portugal, citando o instituto dos assentos da Casa da Suplicação, que eram as interpretações sedimentadas e possuíam o poder de vincular as decisões futuras⁸, sendo, inclusive, aplicadas no Brasil. Porém, o período das grandes revoluções corroborou para que o poder vinculante fosse praticamente suprimido do Poder Judiciário *civil law*.

No Brasil, por exemplo, até o final do século XX, permaneceu a sistemática dos enunciados meramente persuasivos, porém, atualmente esse método tem voltado a dar lugar aos precedentes de aplicação obrigatória. Assim, aos poucos, tanto os países de cultura jurídica *common law*, como os de *civil law*, têm adotado métodos que visam conferir efeito vinculante às decisões judiciais⁹.

⁸ O autor também ressalta que no século XVIII, por influência do liberalismo e da tripartição do poder, a Casa da Suplicação foi transformada no Supremo Tribunal de Justiça, o qual perdeu o poder de emitir decisões vinculantes. Sendo que, em 1926, Portugal retomou a utilização das decisões vinculantes (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 87).

⁹ Segundo Dallefi e Roque (2016, p. 179), “[...] o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, variando, somente, o grau de eficácia que possui”.

No Brasil, o efeito vinculante nas decisões judiciais ainda é novidade. Até à Emenda Constitucional nº 03/1993 (EC nº 03/1993), a vinculação se encontrava suprimida no direito brasileiro. Neste sentido tal emenda inovou, ao inserir no texto constitucional técnicas vinculantes de auxílio no controle da constitucionalidade, cujas decisões ganharam o poder de vincular não só os órgãos do judiciário, como também os do executivo. No ano de 2004, outra EC, desta feita, a nº 45 (EC nº 45/04), inseriu significativas alterações na organização judiciária brasileira, ficando conhecida como “reforma do judiciário”. Dentre as medidas adotadas, na oportunidade foi criado o instituto da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal(STF)¹⁰.

A partir das emendas constitucionais, o método da vinculação de decisões ganhou cada vez mais espaço no Direito brasileiro. Porém, Pereira Filho e Cordeiro (2016, p. 61-62) chamam a atenção para os objetivos a serem alcançados com a inclusão de tal prática no Direito brasileiro, uma vez que, no Brasil, os motivos que resultaram na adoção dos efeitos vinculantes não são os mesmos motivos que levaram o *common law* a institucionalizar estas decisões na prática jurídica. Leia-se:

A common law teria adotado a doutrina do stare decisis como meio para contrabalançar a pouca racionalidade e previsibilidade concernente às decisões judiciais – e não em virtude da omissão do Legislativo, meio de desafogar o Poder Judiciário ou para constituir indícios de que juízes criam o direito (PEREIRA FILHO; CORDEIRO, 2016, p. 61-62).

Em que pese isto, as decisões dotadas de poder vinculante passaram a fazer parte do cotidiano do judiciário brasileiro. Dentre todas, a súmula vinculante ficou mais conhecida no âmbito jurídico, criada pela EC nº 45/04 e reafirmada pela Lei nº

¹⁰ Bahia e Ladeira (2014, p. 87) apontam que antes existiam as súmulas da jurisprudência dominante do STF, porém, elas não possuíam caráter impositivo, sendo apenas persuasivo e quase sem observância pelo próprio judiciário da época.

11.417/2006, onde foram regulamentados os requisitos elencados no *caput* do artigo 103-A da Constituição da República de 1988 (CR/1988):

Art. 103-A da CR/1988. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei (BRASIL, 2006).

Assim, as decisões vinculantes passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo ao julgador o poder/dever de se valer de decisão já proferida, para solucionar casos conexos¹¹ ao precedente vinculante.

4 Assunção de competência

Neste capítulo, o propósito é apresentar o incidente de assunção de competência, bem como sua origem no ordenamento jurídico brasileiro e suas principais características. Como visto, a inclusão do efeito vinculante no Brasil prosperou, e não demorou para surgirem outros institutos com decisões vinculantes, dentre eles o incidente de assunção de competência (IAC).

A assunção de competência é o procedimento sumário de uniformização de jurisprudência criado para prevenir e dirimir divergência entre câmaras ou turmas, naqueles assuntos que envolvam relevante questão de direito em ação não repetitiva. Este instituto foi inserido no CPC/1973 por meio da Lei nº 10.352/2001. Inspirado nos regimentos dos Tribunais Superiores, esta técnica foi apresentada como promessa de ser mais eficaz do que o

¹¹ Neste sentido, os requisitos da conexão são as referências para constatação da sujeição ao poder vinculante.

procedimento formal de uniformização de jurisprudência, passando a assumir lugar de destaque no § 1º do art. 555 do CPC/1973.

A recentereforma pela qual passou o processo civil brasileiro, não só reafirmou como também trouxe novos contornos ao procedimento de assunção de competência. A nova redação contida no Título III do CPC/2015 apresenta, ao longo do art. 947 e seus quatro parágrafos, o instituto cuja decisão é dotada de poder vinculante, ou seja, de observância obrigatória pelos magistrados no âmbito da jurisdição do tribunal que proferir a decisão.

Se antes o legitimado a propor o incidente de assunção de competência se limitava ao relator que estivesse julgando a apelação ou agravo, de acordo com as novas regras, quando algum recurso, remessa necessária ou processo de competência originária for admitido pelo tribunal, o relator de ofício ou a pedido dos demais legitimados (advogado da parte; Ministério Público; Defensoria Pública), poderão pleitear que tal processo seja julgado pelo órgão de uniformização que o regimento do tribunal indicar. Em contrapartida, a assunção de competência passou se submeter a dois juízos de admissibilidade. O primeiro, feito pelo relator, que avaliará se o caso em análise atende às exigências contidas no *caput* do art. 947 do CPC/2015. Dando seguimento, o relator remeterá os autos ao órgão colegiado indicado pelo regimento do respectivo tribunal, o qual submeterá o incidente à análise do interesse público que, ficando demonstrado, habilita o IAC a seguir para julgamento¹². Por fim, o entendimento firmado passa a vincular todos os juízes e órgãos fracionários da jurisdição do tribunal onde partiu a decisão.

Importa destacar que a decisão passa a fazer parte do rol de prerrogativas dos precedentes com poder vinculante do CPC/2015. Assim, considerando que § 3º do art. 947 do novo CPC/2015

¹² O enunciado 221 do Fórum Permanente de Processualistas Civis orienta que este julgamento se sujeita às regras dos arts. 983 e 984 CPC/2015.

passou prescrever que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários” (BRASIL, 2015), conhecer suas prerrogativas é necessário para o entendimento de como o efeito vinculante tem repercutido na tramitação das ações judiciais. Para isto, apresenta-se às seguintes aplicações do instituto com suas respectivas referências no CPC/2015:

- a) As decisões dos juízes e dos tribunais devem se subordinar à força dos precedentes vinculantes (art. 927, inciso III);
- b) Nos casos de inobservância do precedente em IAC pelo magistrado, a decisão é passível de reclamação visando à reforma (art. 988, inciso IV);
- c) A decisão que se enquadrar a caso de precedente, e cujo não tenha havido manifestação, é tida por omissa. (art. 1022, parágrafo único, inciso I).
- d) Improcedência liminar do pedido que contrariar acórdão de IAC (art. 332, inciso III);
- e) Não se aplica a remessa necessária, nem o efeito suspensivo se a sentença estiver fundada em acórdão de IAC (art. 496, § 4º, inciso III);
- f) Dentre as competências do relator, foi inserida a incumbência de negar provimento a recurso contrário a acórdão proferido em IAC (art. 932, inciso IV, alínea c);
- g) Compete também ao relator, dar provimento a recurso quando a decisão tiver contrariado precedente firmado em IAC (art. 932, inciso V, alínea c);
- h) Quando os autos forem remetidos ao tribunal para sanar conflito positivo ou negativo de competência, o relator poderá julgar o mérito monocraticamente, caso sua decisão esteja fundada em precedente de IAC (art. 955, parágrafo único, inciso II).

Como visto, o CPC/2015 ampliou o âmbito de aplicação do IAC inovando na ordem jurídica ao estender ainda mais a prerrogativa de vinculação de sua decisão. Por isto, analisar os questionamentos de ordem constitucional faz-se necessário a fim de subsidiar as considerações acerca da sua legitimidade.

5 Da (in) constitucionalidade do efeito vinculante em assunção de competência

O objetivo deste capítulo é demonstrar que o efeito vinculante tem sido alvo de questionamentos quanto a sua legitimidade constitucional. Para isto, retoma-se o processo de inserção do efeito vinculante no direito brasileiro contemporâneo para, então, suscitar às incongruências apontadas.

Originalmente, a CR/1988 não continha previsão de efeito vinculante para as decisões do Poder Judiciário. Todavia, a EC nº 03/1993 inseriu no art. 102 da CR/1988, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e também a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Todas elas, decisões dotadas de poder vinculante e destinadas ao controle da constitucionalidade.

Adiante, na reforma do Poder Judiciário do ano 2004, a EC nº 45/2004 inseriu nova autorização para efeito vinculante no Direito brasileiro, desta vez, para as súmulas vinculantes, também do STF. Estas súmulas passaram a vigorar no Direito brasileiro, servindo-se, por vezes, de emendas às lacunas legislativas. Para sua edição a própria CR/1988 tratou de estabelecer normas rígidas para o exercício do poder, havendo a necessidade da aprovação pela maioria do pleno do STF. Assim, para entrar em vigor, uma súmula vinculante deve ser aprovada por 2/3 (dois terços) do quórum qualificado do STF.

No entanto, a partir do ano de 2001, em resposta à “proposta elaborada pela Comissão constituída em 1991 para estudar o problema da morosidade processual” (BRASIL, 2001), o poder vinculante da decisão em IAC foi inserido no Direito brasileiro. Isto se deu por meio da lei ordinária nº 10.352/2001, que flexibilizou e estendeu a aplicação do poder vinculante¹³.

¹³ Nery Júnior, ao ser entrevistado, afirmou que este é um poder que [o judiciário] não tem, porque a Constituição não autoriza isso. Tanto não autoriza que para darmos vinculação à súmula do Supremo precisamos aprová-la por meio de emenda à Constituição, que foi discutida durante nove

No ano de 2015, o processo civil brasileiro passou por uma alteração ainda maior, na qual todo o CPC/1973 foi substituído pela Lei ordinária nº 13.105/2015, onde se verifica ampla utilização dos precedentes vinculantes, inclusive reafirmando e estendendo o poder vinculante do acórdão em IAC.

Diante desta nítida tendência do Direito brasileiro em inserir o poder vinculante em suas decisões e devido à divergência que tem se formado acerca do entendimento doutrinário sobre a constitucionalidade do efeito vinculante, este trabalho chama a atenção sobre o que tem sido discutido acerca do efeito da decisão em IAC.

É de praxe que, para se valer do poder vinculante, a autorização tenha partido de instrumento legítimo, ou seja, que tenham sido respeitados os requisitos formais de procedibilidade legislativa para criação da autorização. E é justamente a forma com que o poder vinculante tem ingressado no Direito brasileiro que tem chamado a atenção para a legitimidade do efeito vinculante, sobretudo o da decisão em IAC, objeto deste estudo. O impasse que tem se formado, diz respeito se a autoridade vinculante deve ter origem na constituição ou se a lei ordinária teria autonomia para inovar neste sentido. Retomar parte do que já foi apresentado, se mostrou importante para rememorar que os institutos precursores do efeito vinculante no Brasil possuem tal prerrogativa em razão de expressa autorização constitucional, porém, a partir do ano 2001, este poder foi estendido aos tribunais estaduais por meio de lei ordinária.

Neste sentido, Didier Júnior e Cunha (2017, p. 758) se posicionam em defesa do IAC, destacando sua importância e classificando-o como “instrumento destinado a concretizar a tutela da segurança jurídica”. Por outro lado, Assis (2017) considera que é duvidosa a constitucionalidade da vinculação obrigatória, uma vez

anos. [...] Aí vem o CPC com a mão do gato, de contrabando, bota algo na lei ordinária que deveria ter previsão constitucional. Se pegar pegou (NÚCLEO, 2016, [sp]).

que, dependeria de EC para ter legitimidade, assim como as súmulas vinculantes.

Os primeiros trabalhos sobre o tema dão conta da discussão que tem se formado a este respeito. Sousa (2016, p. 18), ao tratar da revolução dos precedentes judiciais no CPC/2015, alerta para a carência de legitimidade constitucional para equiparar a força do acórdão à força das súmulas vinculantes. No mesmo sentido, Gomes (2016) aponta que “é necessário haver modificação do texto da CR/88, para nela constar, expressamente, que os tribunais podem legislar por intermédio de súmula simples, orientações do plenário ou do órgão especial”(GOMES, 2016, p. 35).

Como se constata, parte da doutrina jurídica tem se dividido acerca da constitucionalidade do poder vinculante originado de lei ordinária. De modo que, aos poucos, o novo sistema processual tem sido colocado em xeque quanto a sua legitimidade constitucional.

Portanto, apesar do avanço no campo da estrutural, o CPC/2015 ainda tem muito o que avançar na questão da democratização processual que implementa o desenvolvimento sustentável, como forma de minimizar as lides, sejam de ordem jurídica, econômica, política, social e jurídico política. Dessa maneira:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual e consciente, a firmamento de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmamento de um contexto seguro e possível para as gerações futuras (ALMEIDA; ENGELMANN, 2010, p. 24).

Por sua vez, sabe-se que o desenvolvimento sustentável é um instituto multidimensional. A sua dimensão jurídico-política “visa a

efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem, contudo, perder de vista a promoção social”; zelando, ainda, pelo “respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, a melhor e adequada distribuição da renda e os conceitos de origem ética, que são vertentes indissociáveis do conceito de sustentabilidade” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 96).

Assim, apesar de efetivar uma celeridade procedimental mecânica e automática, a implementação de efeito vinculante autoritário, fora dos limites estabelecidos na CR/1988, fere de morte o Estado Democrático de Direito e a construção participativa dos provimentos judiciais, que deve ser priorizada em uma sociedade democrática que se pauta na sustentabilidade judicial.

6. Considerações finais

Como proposto, o desenvolvimento deste trabalho possibilitou a constatação de que o poder vinculante da decisão em IAC apresenta fragilidades quanto a sua origem no sistema jurídico brasileiro. Em síntese, questiona-se a legitimidade constitucional do efeito vinculante originado de lei ordinária, pois, até então, o poder vinculante consistia em instrumento para o controle concentrado de constitucionalidade e edição de súmula vinculante, cuja origem se deu por meio de EC. Por outro lado, visando mitigar a morosidade do Poder Judiciário, o rigor na concessão de poder vinculante foi flexibilizado para a implementação das medidas. Não obstante, hoje tem se verificado a expansão na utilização desta técnica no direito brasileiro pela mesma via, ora flexibilizada.

Para alcançar os objetivos propostos, foi elaborada breve contextualização histórica acerca da teoria dos precedentes, bem como do poder vinculante. Esta explanação se fez necessária para fornecer subsídios históricos/teóricos de auxílio à compreensão do objeto. Neste sentido, verificou-se que anseio pela equidade fez, e

tem feito com que o direito se reformule de tempos em tempos, sendo, por isto, necessária a evolução processual no tempo, a fim de adequá-lo à estrutura social da época.

Apresentado o IAC, logo em seguida pode ser constatado que o poder vinculante de sua decisão tem sido alvo de críticas quanto a sua legitimidade. Neste sentido, Didier Júnior defendeu o instituto, ressaltando a nobreza da finalidade a que se destina; com outra opinião, Assis aponta para a inconstitucionalidade da vinculação¹⁴. Assim, em se tratando do efeito vinculante em IAC, verificou-se que por um lado ele uniformiza e auxilia na resolução em massa das questões de direito afetas ao âmbito de jurisdição; por outro, ficou constatada a incompatibilidade com a ordem jurídica vigente, dada a desproporção entre o seu procedimento e o adotado para incluir a súmula vinculante no direito brasileiro.

Diante disto, por não guardar respeito ao devido processo legal legislativo, por extrapolar o âmbito de competência legiferante e os fins sociais da sustentabilidade judicial, verifica-se que a decisão vinculante é formal e materialmente inconstitucional, havendo deficiência no processo legislativo para alcançar a finalidade pretendida. Não obstante, considerando a finalidade e as razões pelas quais o IAC passou a fazer parte do Direito brasileiro, ressalva-se a importância na manutenção de tal efeito, recomendando sua aprovação pelas vias formais do Poder Legislativo brasileiro, isto é, por proposta de emenda à constituição.

7. Referências

ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n.º 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/177/140>>. Acesso em: 09 out. 2017.

¹⁴ Verificou-se também, que a discussões em torno do assunto está crescente, o que justifica outras pesquisas acerca do assunto.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n° 234, p. 275-301, ago. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal: Brasília, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional n° 03, de 17 mar. 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 18 mar. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional n° 45, 30 dez. 2004. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Exposição de motivos. Lei n° 10.352, de 26 dez. 2001. Altera dispositivos da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessário. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 23 ago. 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10352-26-dezembro-2001-429473-exposicaodemotivos-150126-pl.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Lei n° 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Lei n° 10.352, de 26 dez. 2001. Altera dispositivos da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. *Diário Oficial*, Brasília, 26 dez. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 dez. 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 26 15 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; ROQUE, Ana Cristina Lemos. O precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, Curitiba, v. 2, nº 2, p. 176-193, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1701/2235>>. Acesso em: 07 set. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 93-111, out. 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864/6843>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

GOMES, Marcia Pelissari. Acesso à justiça como direito fundamental e o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba, PR. *Anais...* Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 21-39. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/nv8q3cca/VgMXNccb8y90465s.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14, nº 28, p.329-359, jan/abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1082/551>>. Acesso em: 25 set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NÚCLEO duro do novo CPC é inconstitucional, diz jurista. *Jota*, São Paulo, 21 dez. 2016. Justiça. Disponível em: <<https://jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>>. Acesso em: 06 set. 2017.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; CORDEIRO, Luís Phillipe de Campos. Processo e progresso: os precedentes vinculantes nas tradições da *civil law* e da *common law*. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Curitiba, v. 2, nº 2, p. 43-65, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1596/2064>>. Acesso em: 07 set. 2017.

SOUSA, Adriano Antônio de. O tradicional sistema processual brasileiro e a revolução dos precedentes judiciais no CPC/2015. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 64, nº 468, p. 73-105, out. 2016. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito processual civil inglês: *stare decisis*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2003. p. 152-155.

Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução¹

Eduardo Talamini²

1. Introdução

Nos termos do art. 139, IV, do CPC/2015 cabe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Essa disposição, incluída no capítulo dedicado aos “poderes, deveres e responsabilidade do juiz”, aparentemente teria alcance ilimitado. Não há dúvidas de que ela atribui ao juiz um poder geral de adoção de medidas executivas. Isso significa inclusive o poder de emprego de providências atípicas, moldadas para o caso concreto. Mas o art. 139, IV, precisa ser interpretado sistematicamente.

Por um lado, é necessário compatibilizá-lo com a disciplina específica de cada uma das diferentes modalidades de execução. Se o mesmo Código que veicula o art. 139, IV, ocupou-se em estabelecer regramentos próprios e detalhados, tipificando as medidas executivas aplicáveis a cada espécie de execução (ou prevendo expressamente, nessas disciplinas específicas, as hipóteses em que se poderia utilizar

¹ Artigo escrito em homenagem ao estimado Prof. Humberto Theodoro Jr., no ano de seu octogésimo aniversário.

² Livre-docente em direito processual (USP). Professor de processo civil e arbitragem (UFPR). Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

medida atípica), não é possível simplesmente supor que o art. 139, IV, institui um modelo único, flexível, que equipara todas as situações que exigem tutela executiva permitindo indiscriminadamente o emprego de medidas atípicas. Isso significaria dizer que todo o regramento específico de cada modalidade executiva seria inútil, letra morta. Ou então, e quando muito, a disciplina específica de cada procedimento executivo seria uma mera “sugestão” de itinerário para o juiz – que usaria o *prêt-à-porter* quando não inspirado para criar um figurino executivo *taylor-made*. Essa alternativa também não parece razoável. Portanto, há de se encontrar termos de conjugação dos dois conjuntos de injunções normativas (poder geral de medidas atípicas *versus* disciplina específica, com predominante tipificação dos meios executivos).

Por outro lado, é preciso conformar a interpretação do art. 139, IV, com os princípios constitucionais – notadamente a proporcionalidade, a razoabilidade, a segurança jurídica, a liberdade, a integridade física e moral e a eficiência.

Obviamente as duas linhas investigativas não são estanques. Sobrepõem-se e interagem. Já me dediquei a ambas em diversas ocasiões.³ Por isso, inclusive, vou aqui me valer de diversas remissões a textos meus anteriores.

O presente artigo vai ocupar-se precipuamente da primeira frente de investigação acima mencionada – ingressando na segunda delas quando necessário. Para tanto, serão consideradas separadamente as diferentes espécies de execução, conforme a natureza do dever cuja satisfação se persegue (fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia – e, nesta, conforme o dever seja ou não de natureza alimentar) e, quando houver distinção relevante no direito positivo, a origem do título executivo (judicial ou extrajudicial).

³ Desde minha obra sobre a *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer* (São Paulo, RT, 1ª ed., 2000; 2ª ed., 2003). A segunda frente de análise acima referida foi objeto do meu ensaio “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp”, publicado em *Repercussões do novo CPC: processo penal*, Salvador, JusPodivm, 2016, e em *Medidas executivas atípicas* (coord. Talamini e Minami), Salvador, JusPodivm, 2018.

2. Tutela dos deveres de fazer e não fazer (execução fundada em “título judicial”)

No âmbito das decisões (“títulos judiciais”) que impõem o cumprimento de deveres de fazer e não fazer, a compreensão da incidência dessa regra não gera maiores dificuldades. Os mecanismos executivos relativos aos comandos judiciais com tais conteúdos contemplam o emprego de providências sub-rogatórias e coercitivas atípicas (CPC, arts. 536 e 537). Tais decisões, de resto, têm eficácia mandamental. A esse respeito, remeto ao que já escrevi em oportunidades anteriores.⁴ O que segue é um resumo bastante simplificado.⁵

2.1 Eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 497⁶

A decisão antecipatória ou final impositiva de dever de fazer ou não fazer veicula verdadeira *ordem* para o demandado. Há direta determinação de que o réu cumpra o fazer ou não fazer, objeto do dever tido como plausível ou já reconhecido em cognição exauriente como devido.

O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento da execução das obrigações de fazer e não fazer fundada em título extrajudicial (CPC, art. 814 e seguintes – v. n. o, adiante).

⁴ Ver, entre outros textos de minha autoria: *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003; “Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado”, em *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Prof. Dr. Araken de Assis* (coord. Milhoranza, Porto e Tesheiner), Rio de Janeiro, Forense, 2007; *Curso avançado de processo civil* (em coop. L. Wambier), 16ª ed., v. 3, São Paulo, RT, 2017, cap. 16; “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp”, cit.

⁵ Que corresponde essencialmente ao que eu expus no *Curso avançado de processo civil*, v. 3, cit., n. 16.8 e 16.9.

⁶ O exposto no presente tópico é uma das teses nucleares do meu livro *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, já citado. Remeto especialmente ao que expus nos caps. 6 e 8, bem como às referências bibliográficas lá contidas.

No âmbito daquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 815 e 822). Contudo, fica desde logo estabelecido que, não satisfeita a obrigação no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a da indenização por perdas e danos (arts. 816 e 823). A carga mandamental contida no preceito executivo é diminuta (mesmo se considerada a possibilidade de cominação de multa por período de atraso – art. 814). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogatórias. A assinação de prazo para que o executado cumpra não é mais do que última oportunidade que se lhe dá, antes de o Estado substituí-lo na consecução do bem jurídico visado ou de seu equivalente pecuniário (v. n. o, adiante). Rigorosamente, equivale à citação do devedor no processo de execução por quantia certa (para pagar ou nomear bens à penhora, sob pena de ver bens seus penhorados que bastem para o pagamento – arts. 829 e 831). Nessa hipótese, tanto não há (prevalentemente) uma ordem para pagar que, se não houver pagamento, simplesmente serão afetados bens sobre os quais recairá a atividade jurisdicional sub-rogatória.

Já no sistema instituído pelo art. 497, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O art. 499 consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente será convertida...” por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que diretamente autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu (eficácia executiva *lato sensu*), há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então, mera oportunidade para cumprir. Veiculará ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.

A lei confere amplos poderes ao órgão jurisdicional para a consecução da tutela específica ou resultado correspondente, em

relação a qualquer obrigação de fazer ou não fazer (art. 536, § 1.º). E “tutela específica”, nos arts. 497 e 536, designa a obtenção do resultado originariamente visado, mediante conduta do próprio demandado. A larga concessão de poderes a fim de se obter a própria atuação do réu abrange – aliás, pressupõe – a emissão de ordem pelo juiz.

O não atendimento dessa ordem pelo réu caracteriza litigância de má-fé e crime de desobediência (CPC, arts. 77, IV, e 536, § 3.º; CP, art. 330). Poderá haver até prisão (penal) em flagrante do réu desobediente, observados os pressupostos constitucionais e processuais penais para tanto. Originar-se-á processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso. Não se trata de prisão civil (que é em regra vedada para esse caso, como se vê adiante – n. o).

2.2 A regra específica autorizadora de medidas atípicas

O § 1.º do art. 536 permite ao juiz, “entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

A enumeração de medidas constantes desse dispositivo não é exaustiva – o que se depreende da expressão “entre outras medidas”, que a antecede. Portanto, permite-se o emprego de providências outras, atípicas.

2.3 Medidas sub-rogatórias e medidas coercitivas atípicas

Essas providências poderão ser tomadas para a efetivação da “tutela específica” ou para a obtenção do “resultado prático equivalente”.

A norma do art. 536, § 1.º, portanto, autoriza não só o emprego de mecanismos que substituam a conduta do demandado. Confere ao juiz, igualmente, poderes para a imposição de outros

meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no art. 537), destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o fazer ou não fazer.

2.4 Parâmetros para a definição das medidas atípicas

Contudo, não se trata de poder ilimitado que o juiz recebe.

Fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento proíba (a prisão civil – vedada na maioria dos casos – é examinada a seguir).

Depois, as providências adotadas devem guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário.

A definição de medidas sub-rogatórias tende a ser mais simples. Trata-se apenas de identificar mecanismos aptos a produzir diretamente o resultado almejado e que não gerem desarrazoados e excessivos “efeitos colaterais”.

Mas a eleição concreta das medidas *coercitivas* atípicas, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tende a ser tarefa delicada. É da essência do instrumento coercitivo certa *desproporção* entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado.⁷ Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva

⁷ Já expressei esse entendimento antes em *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit., n. 10.2, p. 271, e “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”, cit., n. 5, p. 384. Leonardo Greco alude a essa minha concepção (“*Talamini admite... certa desproporção entre o bem atingido pela coação e o valor da prestação, caso contrário o meio coercitivo seria ineficaz*”) mas me atribui também um limite adicional (“*mas não pode ser de tal monta que torne mais vantajosa para o exequente a fruição do resultado do meio coercitivo do que a da prestação legalmente devida*”), que eu jamais formulei. Greco expressa sua discordância ao que supostamente seria a minha opinião, mas ao que parece, pela fundamentação apresentada, ele discorda apenas da ideia que indevidamente me atribuiu (Leonardo Greco, “Coações indiretas na execução pecuniária”, n. 4, em *Medidas executivas atípicas*, cit.).

ameaça ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados. De resto, a medida coercitiva não pode ser incompatível com o fim visado, de modo a acabar impossibilitando o réu de cumprir a ordem (por exemplo, não se pode impor como medida coercitiva a proibição de que o réu desenvolva atividade produtiva se a solvabilidade dele é pressuposto prático relevante para o cumprimento da ordem).⁸

Há exemplos de relevantes medidas atípicas de coerção ou sub-rogação que, conforme o caso concreto, respeitam as balizas ora indicadas: (i) publicação, às custas do réu, de anúncio na imprensa de que ele está descumprindo uma ordem judicial, com a indicação dos resultados negativos que sua violação gera (contrapropaganda coercitiva); (ii) designação de interventor ou fiscal judicial, incumbido de administrar total ou parcialmente a empresa ou estrutura administrativa do réu ou de fiscalizá-la, no cumprimento da ordem judicial de fazer ou não fazer.⁹

2.5 Os limites da prisão civil

Como medida coercitiva atípica, a prisão civil é permitida apenas na estrita hipótese de não atendimento à ordem judicial de cumprimento de dever com natureza alimentar (art. 5.º, LXVII, da CF; STF, Súm. Vinculante 25).¹⁰

⁸ Para o aprofundamento teórico dessas diretrizes, remeto ao que expus no cap. 10 de *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit. Uma aplicação prática delas pode ser vista no meu já referido ensaio “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”, cit.

⁹ Sobre a primeira medida, ver Eduardo Talamini, “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”, cit., n. 13.3. Sobre a segunda providência, ver *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., n. 10.4, e “Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n.º 8.884/94)”, em *Procedimentos Especiais Cíveis - Legislação extravagante* (coord. Didier Jr. e Cristiano de Farias), São Paulo, Saraiva, 2003, n. 12.

¹⁰ Sobre o tema, remeto ao que expus em *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., n. 12.1, e em “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)”, em *Revista de Processo*, v. 92, 1998, n. 7, e “Ainda sobre a prisão como ‘execução indireta’: a criminalização da desobediência a ordens judiciais”, em *Processo de execução* (coord. T. Arruda Alvim e S. Shimura), v. 2, São Paulo, RT, 2001, n. 1.

Mas isso não significa que a prisão civil apenas possa ser aplicada ao descumprimento das ordens de pagamento de alimentos do direito de família. Afinal, o conceito constitucional de alimentos (que é o parâmetro de admissibilidade da prisão civil) não se restringe aos alimentos ditos “legítimos” (i.e., os alimentos do direito de família). Abrange toda e qualquer prestação que seja na sua origem essencialmente destinada à subsistência digna do titular do direito (tanto é assim que o Estado, que não tem família, também responde por dívidas alimentares – CF, art. 100).¹¹ O conceito constitucional de alimentos abarca inclusive prestações remuneratórias do trabalho ou da prestação de serviços em caráter pessoal. Abrange igualmente indenizações destinadas à subsistência da vítima de condutas ilícitas ou de seus familiares.

Mais ainda (e eis o que especialmente interessa neste tópico): prestações estatais positivas atinentes a direitos fundamentais também podem revestir-se de natureza alimentar – tais como, o direito a medicamentos, tratamento médico, vagas em instituições hospitalares ou de ensino etc.

Nesse último campo, a prisão civil pode ser importante instrumento coercitivo a acompanhar ordens de cumprimento de deveres de fazer.¹²

2.6 Medidas sub-rogatórias atípicas¹³

Ao lado da eficácia mandamental (tendente à “tutela específica”, na terminologia da lei), a decisão que impõe o dever de fazer ou não fazer contém eficácia executiva: autoriza a tomada de

¹¹ Sobre o tema, v. Eduardo Talamini, “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)”, cit., n. 6, e “Ainda sobre a prisão como ‘execução indireta’: a criminalização da desobediência a ordens judiciais”, cit., n. 1.

¹² Especificamente sobre esse aspecto, v. Eduardo Talamini, “Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do estado”, cit., n. 6.

¹³ Sobre o contido neste tópico, ver. esp. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cap. 11.

providências destinadas à “obtenção do resultado prático equivalente”, independentemente da participação do réu.

Entre tais providências, enquadram-se a realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer; o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas, e assim por diante.

Em casos como esses, opera-se a substituição da conduta do demandado pela do próprio Estado, através de agentes seus, a fim de alcançar o mesmo resultado (ou o mais próximo disso) que se teria com o cumprimento voluntário. A sub-rogação é da via para a produção da situação final, e não do bem jurídico almejado. Não há, assim, a denominada sub-rogação da obrigação (ao contrário do que acontece na conversão em perdas e danos).

Para a obtenção do resultado prático equivalente o juiz, de ofício, adotará as medidas necessárias no próprio processo em que proferiu a decisão que antecipou tutela ou a concedeu em caráter final (art. 536, *caput* e § 1.º).

No mais das vezes, a atuação dos mecanismos sub-rogatórios importará em significativas despesas, que deverão ser desde logo compostas. O exemplo mais claro disso, ainda que não o único, tem-se com a realização por terceiro da tarefa a que o réu estava obrigado. A simples autorização para que se desenvolva a atividade sub-rogatória não basta. Obviamente, o terceiro a nada está obrigado. Realizará a obra na medida em que seja pago. E com esse pagamento arcará o réu.

Nos casos em que há antecipação de tutela fundada em urgência, seria contrassenso pretender-se que a obtenção do numerário junto ao réu para cobrir tais despesas seguisse o procedimento de execução por quantia certa (seja o cumprimento de sentença, seja o processo executivo do Livro II da Parte Especial). A concessão antecipada de tutela pressupõe urgência, e a execução por quantia certa em seus moldes tradicionais é avessa à

urgência. Vai se aplicar, então, e mais uma vez, o § 1.º do art. 536, que, permitindo a adoção de quaisquer medidas necessárias à produção do resultado prático equivalente, autoriza, conseqüentemente, a obtenção do numerário que custeará tais medidas. Em casos gravíssimos será possível o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado; a apreensão de receitas por ele geradas, e assim por diante.

O parâmetro do juiz – o seu limite – na determinação dessas medidas atípicas será aquele já mencionado. Para cada medida que determinar, entre os valores envolvidos, terá de examinar qual o mais urgente e preponderante. Além disso – repita-se –, optará sempre pela via menos sacrificante para o réu. Se for o caso (vale dizer, se for proporcional e razoável), exigirá caução do autor.

E essa solução, em certos casos, também será aplicável ao conseguimento do “resultado prático equivalente” amparado em decisão final (de cognição exauriente) – mesmo que não tenha havido antecipação de tutela. A regra do art. 536, que prevê a atipicidade inclusive de providências sub-rogatórias, é aplicável, por excelência, às decisões interlocutórias de mérito e sentenças. Trata-se de norma inserida na disciplina do cumprimento de *sentença*.

Nem se diga que, ausente o elemento da urgência, impor-se-ia sempre o caminho do adiantamento do numerário pelo devedor, com o posterior reembolso mediante execução monetária. Há de se considerar a diretriz da preferência absoluta pelo resultado específico – que relega o mero ressarcimento à excepcionalidade (art. 499, CPC). Na doutrina estrangeira, já se constatou que a “execução de obrigação de fazer ou de não fazer” – desenvolvida mediante atividade de terceiro, arcada economicamente pelo credor, com o posterior reembolso junto ao devedor – tem, muitas vezes, caráter antes de *liquidação* e *ressarcimento* do dano, do que de verdadeira execução específica.¹⁴ Portanto, se a produção do

¹⁴Na Itália: Satta, *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, Nápoles, Jovene, 1949, n. 7, p. 19 e 20; Carnelutti, *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958, n. 199, p. 320; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Turim, Utet, 1994 (v. XIV, t. IV, do *Trattato di diritto civile*

“resultado prático equivalente” seguisse tal forma de proceder (credor arcando com as despesas; reembolso através de execução monetária), estar-se-ia diante de mera tutela ressarcitória (“perdas e danos”). Não é essa, todavia, a função que a lei expressamente atribui ao atingimento do “resultado prático equivalente”, quando o contrapõe à conversão em perdas e danos (art. 499).

De resto – e isto será tanto mais grave quanto mais essencial o bem envolvido –, muitas vezes o autor da ação nem sequer teria condições econômicas de arcar com os valores para apenas depois tentar obter o ressarcimento. Por exemplo, se o cidadão vai a juízo pedir que o Estado lhe providencie o tratamento médico que é indispensável à sua sobrevivência, é porque, na maioria das vezes, ele, autor, não tem condições de arcar com esse tratamento. Então, seria inócua – e até ofensiva à razoabilidade – supor que serviria de algo uma decisão judicial que “permitisse” a esse autor meramente adiantar, ele mesmo, as quantias necessárias ao tratamento (as quais, provavelmente não possui), com a promessa de que depois, talvez, seria ressarcido.¹⁵

italiano, fundado por F. Vassali), n. 66, p. 181; Montesano e Arieta, *Diritto processuale civile*, Turim, Giappichelli, 1995, v. III, n. 49, p. 104-106. Não é de se concordar com esses autores, porém, quando afirmam que jamais seria admissível verdadeira execução específica de obrigações de fazer e de não fazer. A esse respeito, veja-se o item 1.1. Além disso, mesmo a prestação do fato por terceiro com o custeio adiantado pelo credor tem pelo menos um aspecto verdadeiramente executivo, quando a realização da obra ou serviço implica invasão da esfera jurídica do devedor: trata-se da imposição de que este tolere, em sua esfera, a prestação pelo terceiro (v. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milão, Giuffrè, 1953, n. 58, p. 203-204). Carnelutti, aliás, chega a reconhecer esse aspecto (em *Diritto e processo*, cit., apenas relativamente à “execução da obrigação de não fazer”: n. 199, p. 321; em *Institutiones del proceso civil* (trad. S. Sentís Melendo, da 5ª ed. italiana), Buenos Aires, El Foro, 1997, v. I, também para a “execução da obrigação de fazer”: n. 84, p. 150). Em Portugal: Castro Mendes, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1989, v. III, n. 379, p. 525 (que alude a “execução de custeamento”); Lebre de Freiras, *Direito processual civil*, 2ª ed., Lisboa, Vega, s.d., v. II, parte II, n. V, p. 242. No direito português, a afirmação da falta de caráter executivo, na hipótese, é facilitada, ainda, pela circunstância de que a prestação por terceiro faz-se extrajudicialmente. Na Espanha: Montero Aroca, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valência, Tirant lo Blanch, 2000, cap. 33 da obra de que também participam Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar, p. 728.

¹⁵ Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu o bloqueio e apreensão de dinheiro em contas públicas para custear a realização de tratamento médico ou a aquisição de medicamentos. Ver, respectivamente, Ag 723.131, 2ª T., v.m., rel. Min. Castro Meira, j. 16.02.2006, e REsp 820.674, 2ª T., v.u., rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.05.2006, DJU 14.06.2006.

Assim, se possível, adotar-se-ão medidas para desde logo se conseguir junto ao patrimônio do réu o dinheiro que custeará o desenvolvimento dos meios sub-rogatórios amparados em decisão antecipadora ou provimento final. Tal via só não será empregada, quando: a) não for encontrado dinheiro diretamente disponível no patrimônio do demandado; ou b) a apreensão do dinheiro existente no patrimônio do réu vier a lhe representar sacrifício excessivo e desproporcional. Exemplifique-se com o sério risco de quebra, em virtude da afetação da totalidade ou da maior parte do capital de giro de uma empresa.¹⁶ Eis mais um caso em que haverá necessidade da ponderação concreta dos valores e riscos envolvidos.

Nessas duas hipóteses (“a” e “b”), diante da necessidade da transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação executiva, haverá de se adotar o modelo procedimental da execução monetária, do Livro II da Parte Especial do CPC. Mas, em ambos os casos, existindo antecipação de tutela destinada a evitar o perigo de danos graves, será possível a flexibilização do procedimento expropriatório, mediante a adoção de instrumentos mais céleres e simplificados. Afinal, a concretização da tutela antecipada não se submete, necessariamente, aos parâmetros rígidos do processo executivo, sob pena de ser inócua. Nos termos do art. 297, *caput*, do CPC: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.¹⁷

¹⁶ Não por outra razão a lei estabelece limites, na execução por quantia certa, para a penhora de faturamento (CPC, art. 866).

¹⁷ Sobre a flexibilidade da forma de efetivação da tutela antecipada, vede especialmente Marinoni, *A antecipação de tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, n. 4.10.2, p. 87-90, e Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998, cap. VI, n. 33, p. 364-365. Na Itália, Montesano, tratando dos provimentos cautelares que antecipam pagamento de soma, afirma justificar-se teleologicamente que, sob a “discrecionarietà” do juiz, sejam escolhidos os instrumentos expropriatórios mais rápidos e simples – respeitado o *par conditio creditorum*. Sustenta que assim deve ser interpretado o art. 669-*duodecies* do CPC italiano, no ponto em que se prevê que a atuação do provimento cautelar que verse sobre soma em dinheiro far-se-á na forma do art. 491 e seguintes (que tratam do processo executivo) “in quanto compatibili” (*La tutela*, cit., n. 114, p. 313). É bem verdade que, em obra especificamente voltada ao tema da execução dos provimentos cautelares, Enzo Vullo considera despida de maior relevância tal “reserva de compatibilidade”, reputando aplicáveis à execução do provimento cautelar pecuniário a grande maioria das normas do processo

2.7 A coexistência de mecanismos sub-rogatórios e coercitivos

Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão ser utilizados simultaneamente. Aliás, e em face da absoluta preferência pelo *resultado específico*, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra, acompanhada da cominação de multa, o provimento antecipador desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o resultado equivalente prescindindo da colaboração do demandado.

Indo além: nada obsta que, embora originariamente tendo sido adotado apenas um dos dois caminhos (só o mandamento ou só a atuação substitutiva da conduta do réu), o outro seja depois empregado. Uma vez outorgada a tutela relativa a dever de fazer ou não fazer, acompanha-a, ainda que não expressa no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do *resultado específico*. Desde logo, portanto, o provimento terá eficácia executivae mandamental. A decisão posterior que comine a multa ou defina a forma de atuação sub-rogatória apenas estará efetivando a decisão originária.

3. Execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial

Há dois distintos regimes de tutela relativa a deveres de fazer e de não fazer: por um lado, o processo de conhecimento apto a gerar provimentos mandamentais e executivos, *ex art. 497*; por outro, o processo de execução do art. 814 e seguintes. A diversidade de regimes deriva da própria duplicidade de disciplinas.

E a constatação de que existem essas duas vias inconfundíveis deriva não apenas da interpretação literal de tais regras. É também justificável do ponto de vista teleológico. Reservou-se o regime mais rigoroso contra o devedor para aqueles casos em que há o direto e imediato comando judicial determinando a efetivação do direito (art. 497 c/c arts. 536 e 537). Vale dizer, nessa hipótese houve um controle significativamente maior: o juiz examinou o próprio mérito e pronunciou-se favoravelmente à pretensão do autor. Para os demais casos, em que a concretização da sanção funda-se em título extrajudicial, vigora o tradicional modelo executivo.

Por isso, não parece viável afirmar a direta e integral incidência das regras do art. 536 e 537 ao processo executivo de obrigações de fazer ou não fazer fundado no título extrajudicial.¹⁸

Poder-se-ia cogitar, no entanto, da aplicação subsidiária de algumas das normas do art. 536 e 537 e (ou) do art. 139, IV? A resposta deve ser dada mediante a análise dos diversos mecanismos e eficácias previstos nesse dispositivo.

3.1 Inexistência de provimento mandamental

Em primeiro lugar, descarta-se a emissão de provimentos mandamentais que constituam propriamente ordem de cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, na execução do título extrajudicial.

Na execução do título extrajudicial, o juiz não profere decisão de mérito, reconhecendo a razão do credor e impondo o cumprimento da obrigação. Diante da constatação da presença do ato formal que permite executar (o título extrajudicial), o juiz

¹⁸ Em sentido similar, Thereza A. Alvim, “A tutela específica do art. 461, do CPC”, *Revista de Processo*, v. 80, 1995, n. III, p. 110.

limita-se a *autorizar a execução*. Não há nisso nenhuma ordem de cumprimento no sentido estrito do termo (v. n. o, acima).¹⁹

Quem pretender *comando* direto à parte adversária deve optar pela via cognitiva do processo de conhecimento, como autoriza o art. 785 do CPC, para tentar obter sentença com a eficácia prevista no art. 497.

3.2 Disciplina própria para a multa coercitiva

O instituto da multa, na execução de fazer ou não fazer fundada no título extrajudicial, apresenta disciplina própria e precisa (art. 814, CPC) – o que afasta a necessidade de qualquer aplicação subsidiária do art. 537 quanto a esse ponto.

3.3 Medidas sub-rogatórias

De maior utilidade para a execução fundada no título extrajudicial talvez se pudesse considerar o art. 536. Essa regra é tida como subsidiariamente aplicável ao processo executivo.²⁰ A maleabilidade e flexibilidade das medidas ali exemplificativamente previstas permitiriam, mediante a aplicação subsidiária do dispositivo ao processo de execução, que a “prestação de fato por terceiro”, de que trata o art. 817, não se restringisse à mera realização ou desfazimento (CPC, art. 823) de obra material, estendendo-se a atividades difusas ou imateriais.

¹⁹ Bem por isso, no sistema do processo executivo tradicional, reputa-se não haver crime de desobediência no descumprimento do mandado executivo de obrigação de fazer (TRF-5R., Ag. 502.180, rel. Juiz Ridalvo Costa, j. 10.12.1992, *DOE-PE* 1903.1993, p. 8964).

²⁰ P. ex., no CPC/73: Dinamarco, *A reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, n. 113, p. 155; Grinover, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Processo*, v. 79, 1995, n. 7, p. 75-76; no CPC/2015: Marcelo Abelha, *Manual de direito processual civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 1.033; Flávio Luiz Yarshell, “Da obrigação de fazer”, em *Código de Processo Civil anotado* (coord. José Rogério Cruz e Tucci *et al*), 2ª ed., Rio de Janeiro, GZ, 2017, *passim*; Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de direito processual civil: execução*, 7ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 1.039 e seguintes.

Mas, mesmo nesse ponto, a aplicação subsidiária do sistema previsto no art. 536, no máximo, teria mera função de reforço de uma solução que, independentemente de tal regra, já deveria ser adotada, mediante interpretação do art. 817 e seguintes que tomasse em conta o princípio da máxima utilidade da execução. Mesmo porque, em tais dispositivos, a previsão de prestação do fato por terceiro não está exclusivamente vinculada à realização ou desfazimento de obra material – diferentemente do que ocorre, por exemplo, no direito italiano (CPC ital., art. 612, segundo *comma*). O arts. 817 e 818 aludem a “prestação” genericamente – do que se extrai que o “trabalho” desenvolvido para a prestação do fato, passível de sub-rogação, não precisa conduzir a um substrato material.²¹

3.4 Não cabimento de medidas coercitivas atípicas

O mesmo não se pode dizer do emprego de medidas coercitivas atípicas, no processo executivo das obrigações de fazer e de não fazer fundado em título extrajudicial. Não há como sustentar, sob esse aspecto, a aplicação subsidiária do art. 536. Haveria a integral subversão do modelo executivo do art. 814 e seguintes. Aliás, a ampla maioria das medidas coercitivas atípicas de que se poderia cogitar pressupõe provimento com eficácia prevalentemente mandamental. Assim, a multa prevista nos art. 814 exaure a “execução indireta” admissível na execução das “obrigações de fazer e de não fazer” disciplinada no Livro II da Parte Especial do Código.

²¹ Essa largueza já estava presente no CPC/73, mesmo em sua redação original. Mendonça Lima observava que o art. 632 do CPC/73 “usou de expressão mais ampla do que a anterior, que se referia a ‘ato’, ‘objeto’ e ‘serviço’, como os casos comuns de prestação. A palavra ‘objeto’ é, por si mesma, genérica, abrangendo as várias modalidades como a obrigação deva ser cumprida” (*Comentários ao CPC*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, v. VI, n. 1.646, p. 651). A amplitude do objeto estava espelhada na generalidade dos meios sub-rogatórios, como Mendonça Lima deixava claro (n. 1.695, p. 665, dos citados *Comentários*) – conclusão essa também aplicável ao ordenamento atual.

Pela mesma razão, não se pode invocar o art. 139, IV, para sustentar a incidência de medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial. Tal disposição autoriza o emprego de tais medidas para viabilizar o cumprimento de “*ordem judicial*” (decisão mandamental) – o que não se tem na hipótese.

3.5 Medidas atípicas na hipótese de concessão de tutela urgente na execução

A tutela antecipada pode ser concedida inclusive no processo executivo – nos casos em que houver urgência, que não permita seguir-se o procedimento executivo tipificado sem que haja grande risco de perecimento do direito cuja satisfação se persegue.

Nessa hipótese, estará autorizado o emprego de medidas coercitivas atípicas na execução da obrigação de fazer ou não fazer fundada no título extrajudicial, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, antes referidos. Aplica-se aqui a diretriz de atipicidade das formas de efetivação da tutela urgente (v., acima, n. o e nota de rodapé 17).

4. Tutela para entrega de coisa

O art. 498, ao referir-se à “tutela específica”, consagra inclusive a eficácia mandamental do pronunciamento que determina entrega de coisa. Vale aqui o exposto no n. o, acima. Veicula-se verdadeira ordem de entrega para o réu.

Além disso, no regime do cumprimento dessa sentença (ou interlocutória de mérito), há expressa previsão de aplicação subsidiária das regras dos arts. 536 e 537 (art. 538, § 3º do CPC). Assim, estendem-se à tutela para entrega de coisa (fundada em “título judicial”), “no que couber”: a possibilidade de cominação de multa periódicas e o emprego de “medidas de necessárias à satisfação do exequente” coercitivas e sub-rogatórias atípicas.

4.1 Irrelevância do art. 139, IV

Também aqui, e tal como na tutela relativa ao dever de fazer e não fazer, é desnecessário (e incabível) examinar a incidência da regra do art. 139, IV. Afinal, há norma especial consagrando a incidência subsidiária de meios atípicos, sub-rogatórios e coercitivos.

Nem se diga que o art. 538, § 3º, consagra apenas a aplicação subsidiária de medidas atípicas, ao passo que o art. 139, IV, afastaria o caráter subsidiário. Se fosse assim, não haveria razão para existir o art. 538, § 3º. Prevalece a disciplina especial, estabelecida nessa segunda disposição, que consagra a subsidiariedade da multa e das providências atípicas.

4.2 O caráter subsidiário da incidência da multa e das medidas atípicas

O dever de entregar coisa fungível ou infungível envolve prestação eminentemente fungível: há a possibilidade de que terceiros se substituam ao sujeito incumbido do dever e obtenham o bem devido. Assim, poder-se-ia supor que tais deveres já receberiam tutela adequada e suficiente através da estrutura tradicional *condenação* (posterior à violação do direito) seguida de processo autônomo de *execução* mediante providências sub-rogatórias típicas.

Ou seja, a entrega da coisa, em si, é atividade por excelência passível de sub-rogação. Isso em princípio poderia gerar alguma dúvida quanto à especial utilidade das técnicas coercitivas nesse campo. O princípio da economia processual, por um lado, e o do menor sacrifício, por outro, desaconselhariam o estabelecimento de meios de coerção.

Mas a essa primeira conclusão devem ser acrescentadas duas importantes ressalvas.

Primeiro, não se pode ignorar que, muitas vezes, a efetivação da tutela tendente à entrega da coisa (núcleo do dever), em princípio realizável por meios sub-rogatórios, pode ter sua eficácia comprometida pela inobservância, por parte do obrigado, de deveres instrumentais de colaboração (indicação de onde o bem se encontra, viabilização de acesso ao bem etc.). Os fins visados por alguns desses deveres acessórios também são perfeitamente atingíveis independentemente da vontade do devedor (assim, a negativa de acesso ao local em que o bem encontra-se é superada através do arrombamento e ingresso coativo). Outros, contudo, podem assumir caráter infungível. Tome-se como exemplo o dever de indicar onde está a coisa a ser apreendida. Esses deveres instrumentais implicam a prestação de um fato ou uma abstenção de cunho acessório.

Em segundo lugar, a multa ou medida coercitiva atípica pode ser instrumento de grande eficiência nas situações urgentes enfrentadas pela antecipação da tutela para entrega da coisa. A necessidade de pronta obtenção do bem, para afastar dano grave e de difícil reparação, muitas vezes, não será suprida pelo mero uso de meios sub-rogatórios (busca e apreensão, desocupação forçada). Nessas hipóteses, e sem prejuízo da simultânea autorização de atos sub-rogatórios, a ordem direta ao réu para que entregue ou desocupe o bem é providência adequada – e terá sua autoridade e eficiência reforçadas, se puder acompanhar-se da cominação de multa para o caso de desatendimento.

É à luz dessas balizas que se deve examinar a incidência dos diferentes mecanismos executivos na execução para entrega de coisa.

4.3 Medidas sub-rogatórias atípicas – A medida atípica de intervenção judicial

A imissão na posse e a busca e apreensão, a que alude o art. 538, *caput*, são providências sub-rogatórias flexíveis que podem

assumir conformação ampla. Como escreve Araújo Cintra, a imissão na posse de imóvel e a busca e apreensão da coisa móvel são “os meios executivos adequados, por excelência, para assegurar a satisfação específica da obrigação de entregar coisa”.²² Desse modo, no mais das vezes nem mesmo parece que será necessário o emprego de outras medidas sub-rogatórias amparadas no art. 536, *caput* e § 1º.

Assim, a remoção de pessoas e coisas e a requisição de força policial, a que alude o § 1º do art. 536, são providências que já estariam de qualquer modo abrangidas pela determinação de emprego da busca e apreensão ou da imissão na posse, previstas expressamente na tutela para entrega de coisa (art. 538, *caput*). Afinal, a imissão na posse de imóvel pode exigir a remoção de pessoas e coisas e o emprego de força policial. A busca e apreensão de coisa móvel também implica a remoção do bem, além de eventualmente reclamar o concurso de força policial.

Do mesmo modo, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, que também são mencionados a título exemplificativo no § 1º do art. 536, podem vir a ser de grande serventia para a tutela de entrega de coisa. Ambas as medidas estão pressupostas na sanção restitutória destinada a propiciar que o bem seja entregue ao autor no exato estado em que se deveria encontrar se não tivesse havido violação do direito nem a conseqüente necessidade de intervenção judicial. Nessa perspectiva, já seriam ínsitas às medidas previstas no art. 538, *caput*. De qualquer modo, a expressa previsão de que são aplicáveis as medidas ex art. 536 presta-se a afastar qualquer dúvida a respeito.

Mas não se pode descartar por completo o emprego de medidas sub-rogatórias verdadeiramente atípicas na tutela para entrega de coisa.

²²Comentários ao CPC, 2ª ed., v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2003, n. 252-C, p. 296.

Considere-se, como exemplo, a intervenção judicial. Trata-se de medida *atípica* que também pode vir a ser adotada com base no art. 536, § 1º (v. n. o, acima). Pense-se em casos em que o bem imóvel está ocupado por uma estrutura organizacional do réu com amplitude e complexidade tais que não é possível sua simples entrega imediata: é preciso retirar equipamentos de difícil desmonte e remoção ou matérias primas que envolvem riscos, remanejar pessoal que trabalha nessas instalações etc.

Em tais situações, o prazo para a entrega voluntária do bem (art. 498, CPC) precisará obviamente ser amplo. Não é discricionária a determinação do prazo para cumprimento. O lapso de tempo concedido ao réu não poderá ser curto em demasia, de modo que o impeça de cumprir a ordem tempestivamente, ainda que queira; nem longo a ponto de ser inócua a tutela que se concedeu ao autor. As circunstâncias concretas terão de ser consideradas. No entanto, há o risco de que o réu se aproveite amplitude do prazo que lhe é concedido para apenas ganhar tempo, não cumprindo o mandado de entrega.

Em um caso como esse, seria razoável que o juiz: (i) estabelecesse um calendário de desocupação, com etapas intermediárias; (ii) incumbisse alguém de fiscalizar a atuação do réu, atribuindo a tal auxiliar do juízo poderes suficientes para que pudesse verificar se o réu está efetivamente adotando medidas para a desocupação do imóvel.

Não é de descartar que, uma vez constatado que o réu não está tomando tais providências, o juiz nomeie um interventor apto a diretamente interferir na administração da estrutura interna do réu de modo a que a ocupação ocorra. Trata-se de medida drástica e excepcional, mas que pode ser imprescindível à prestação adequada da tutela jurisdicional.²³

²³ Sobre o tema, remeto novamente ao meu *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., n. 10.4, p. 275-283.

4.4 A eficácia mandamental e o emprego de meios coercitivos: limites

Como já se indicou, também a eficácia mandamental dos provimentos e o emprego de medidas coercitivas (multa ou providências atípicas) estendem-se à tutela para entrega de coisa, por força dos arts. 498 e 538, § 3º, respectivamente. Mas não parece que tais aspectos da atual tutela para a entrega de coisa, diferentemente da eficácia executiva, possam ser usados generalizadamente, em todo e qualquer caso. Cabe seu emprego seletivo.

Afinal, quando for razoavelmente simples e rápida a busca e apreensão da coisa móvel ou a imissão do autor na posse do imóvel, não se justifica a imposição de medidas coercitivas ou o efetivo emprego da eficácia mandamental. A eficácia mandamental estará necessariamente presente nos provimentos *ex art. 498*, mas não será necessariamente concretizada em efeitos. Lembre-se que a coexistência de *eficácias* em um mesmo pronunciamento não implica que todos os respectivos efeitos venham a ser necessariamente produzidos. A eficácia consiste na potencialidade, aptidão, de produção de efeitos. Desse modo, é possível que, muito embora a decisão seja apta a produzir dados efeitos, tal não se faça necessário. O efetivo emprego de cada uma dessas eficácias – a transformação da *eficácia* em *efeitos* – dependerá das circunstâncias concretas.

Em termos simples: não faz sentido impor ordem de entrega e cominação de multa diária quando se sabe onde está a coisa devida (o jardim da casa do devedor); o lugar é facilmente acessível (não há correntes nem cadeados no portão e o devedor não tem cachorro) e a remoção ou desocupação do bem pode ser providenciada sem maiores dificuldades e sem a mínima colaboração do devedor. Nessa hipótese, o mais razoável é adotar-se a busca e apreensão ou a imissão na posse, conforme seja coisa móvel ou imóvel.

Os próprios termos do art. 538 indicam a ordem a ser normalmente seguida (ressalvadas as particularidades a seguir

indicadas). Primeiro, concede-se prazo para entregar. Se a entrega voluntária não ocorre, promove-se, sempre que possível, a busca e apreensão ou a imissão na posse.

O emprego concreto de ordem acompanhada de multa ou mecanismos coercitivos atípicos deve ser reservado basicamente às situações antes cogitadas:

- na antecipação de tutela, quando houver extrema urgência na pronta obtenção do bem;
- em relação aos deveres instrumentais, como o de indicar onde a coisa móvel está, permitir-lhe acesso, fornecer informações necessárias para sua eventual desinstalação (deveres de *fazer*, na essência);
- nos casos em que a desocupação do bem imóvel ou a entrega do bem móvel reveste-se de peculiaridades tais que a tornam complexa a ponto de ser difícil realizá-la sem a ajuda do réu. Serve também aqui como exemplo aquele pouco acima utilizado ao se tratar da intervenção judicial;
- além disso, a regra do § 3.º do art. 538 também é bastante útil na medida em que elimina possíveis impasses na escolha dos meios, na tutela de situações cuja qualificação como dever de entregar ou de fazer é bastante difícil. Afinal, nem sempre é clara a distinção entre o dever de *fazer* e o de *dar*. Há casos em que em um mesmo dever reúnem-se a imposição de uma atividade (que não se confunde com a simples entrega de coisa) e a imposição de entrega ou transferência patrimonial de bem corpóreo. Incluem-se aí (a) os deveres que têm por objeto uma prestação “mista”, em que o fazer está indissociavelmente relacionado com a entrega de bens e (b) as hipóteses de “complexidade da obrigação simples”. Esse último termo é utilizado pela doutrina civilista para se referir à série de “deveres acessórios de conduta” eventualmente contidos mesmo na relação obrigacional que não é “complexa” (ou seja, que não é constituída por várias obrigações, mas sim por uma única obrigação principal).²⁴ Exemplifique-se com o dever de entrega de equipamentos através de uma forma especial e particularizada de

²⁴ Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, v. I, n. 18, p. 62-64. Veja-se também Orlando Gomes (aludindo a “deveres secundários”), *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1980, cap. XIII, p. 157-162. Sobre as repercussões processuais do tema, v. Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer*, cit., n. 4.3, p. 132-134. A noção é extensível aos deveres não obrigacionais.

transporte, que seria propiciado pelo próprio vendedor. Quando havia essencial distinção entre os regimes da tutela relativa a deveres de fazer e não fazer e da tutela para entrega de coisa (i.e., antes da Lei 10.444/2002), era tormentoso definir o cabimento da multa e de medidas coercitivas atípicas nessa hipótese: discutia-se qual a obrigação preponderante, se a entrega dos bens ou o seu transporte (obrigação de fazer). Com a relativa unificação de regimes, não há dúvidas, aplicam-se as regras do art. 536 e 537, seja diretamente, seja pela determinação do art. 538, § 3º.

Quanto aos parâmetros de cabimento, critérios para fixação e alteração de valor, periodicidade, termo inicial e final, exigibilidade, modo de execução e os demais aspectos do regime jurídico da multa processual, e também quanto ao emprego de medidas coercitivas atípicas, remete-se ao exposto em oportunidade anterior.²⁵

4.5 A aplicação de multa e medidas sub-rogatórias e coercitivas atípicas na execução para a entrega de coisa fundada no título extrajudicial

Em linhas gerais esses mesmos parâmetros devem ser considerados na aplicação da multa e de medidas sub-rogatórias atípicas na execução para entrega de coisa fundada no título extrajudicial (CPC, art. 806 e seguintes).

Cabe aqui a mesma ressalva já feita ao se tratar da execução do título extrajudicial que retrata obrigação de fazer ou não fazer. Não há um comando de entrega de coisa revestido de eficácia mandamental. Não há ordem. Mas simples determinação de entrega, depois da qual incidem mecanismos sub-rogatórios ou se tem a conversão em perdas e danos (v. n. o e n. o, acima).

A exceção a essa ressalva é a mesma também já feita relativamente à execução do art. 814 e seguintes. Se houver, na execução do título extrajudicial para entrega de coisa, antecipação

²⁵ Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer*, cit., cap. 9 e 10.

de tutela fundada em urgência, poder-se-á cogitar, a depender das circunstâncias concretas, do emprego de medidas coercitivas atípicas. A tutela de urgência, reitere-se, tem carga preponderante mandamental (v. n. o, acima).

5. Execução por quantia certa (título judicial e extrajudicial)

Bem mais difícil é a compatibilização do art. 139, IV, com o sistema de execução por quantia certa. Essa via executiva peculiariza-se pela razoável tipicidade dos meios sub-rogatórios e coercitivos nela autorizados. Há todo um detalhamento normativo nos arts. 513 a 535 (título judicial) e 824 a 913 (título extrajudicial). E o modelo regrado passa ao largo da mera atribuição ao juiz de um poder geral de adoção de medidas sub-rogatórias e coercitivas atípicas. Há a previsão de diversas providências sub-rogatórias e, pontualmente, também de medidas coercitivas – mas todas elas razoavelmente tipificadas.

Some-se a isso o fato de que a proposta de criação de um modelo relativamente atípico de execução por quantia foi apresentada no processo legislativo do CPC/2015, mas foi rejeitada.

Logo, não há sentido em supor que o art. 139, IV, pura e simplesmente aniquilaria, tornaria inútil, faria *tabula rasa* daquele sistema detalhadamente disciplinado nas regras dedicadas à execução. É insustentável a ideia de que todas aquelas regras deveriam ser deixadas de lado, com o juiz estando liberado para adotar providências atípicas.²⁶

²⁶ Nesse mesmo sentido, vejam-se as lúcidas observações de Didier Jr., Leonardo Cunha, Paula Braga e Rafael de Oliveira: “Isso se revela com alguma clareza quando se constata que o CPC cuidou de, em mais de 100 artigos, pormenorizar o procedimento da execução por quantia certa, numa clara opção pela tipicidade *prima facie*. O detalhamento legal da execução por quantia é resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como inerentes ao devido processo legal, desde aquelas que impedem a penhora de certos bens, passando por aquela que impõe a convocação pública de interessados à aquisição de bem penhorado. A tipicidade *prima facie* das medidas na execução por quantia certa é confirmada pelo disposto nos arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC. A ausência de bens penhoráveis acarreta a suspensão da execução durante um ano, findo o qual começa a correr o prazo de prescrição intercorrente, que constitui causa de extinção do processo executivo. Ora, se a atipicidade fosse a regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução,

Mas, por outro lado, tampouco se pode apenas negar vigência ao art. 139, IV. Cabe identificar como as duas regras compatibilizam-se.

5.1 A divergência doutrinária

A doutrina ainda não chegou a pontos significativos de consenso sobre os limites de incidência do poder geral de medidas executivas atípicas sobre a execução por quantia certa.

Isso é claramente constatável pelo exame da produção doutrinária até aqui existente sobre o tema. Há autores:

- que negam peremptoriamente a incidência de medidas atípicas;²⁷
- que, ainda que sem estabelecer uma negativa absoluta, rejeitam haver elementos que autorizem atribuir ao art. 139, IV, um papel que possa interferir significativamente sobre o procedimento tipificado para a execução por quantia certa;²⁸
- que defendem incidência bastante limitada do art. 139, IV, na execução por quantia certa – destinando-a a casos em que haja indícios de ocultação ou

bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito. Como, porém, a penhora, a adjudicação e a alienação são as medidas típicas que se destinam à satisfação do crédito, a ausência de bens penhoráveis impede o prosseguimento da execução, não sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente. O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regramento da execução por quantia. Essa interpretação retiraria o princípio do sistema do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa interpretação é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, predeterminar” (“Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1.º, CPC”, *Revista de Processo*, v. 267, 2017, n. 2.3, p. 236-237). Também André Vasconcelos Roque atenta para esse ponto, contrastando a ampla consagração da atipicidade na disciplina do cumprimento de sentenças que impõem fazer ou não fazer com a ausência de regra no mesmo sentido na execução por quantia (“Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015?”, n. 2, em *Medidas executivas atípicas*, cit.).

²⁷ É o caso de Araken de Assis, (*Manual da execução*, 19ª ed., São Paulo, RT, 2017, n. 19, p. 194-195 e “Cabimento e adequação dos meios executórios atípicos”, esp. nn. 4 e 5, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

²⁸ Veja-se Edilson Vitorelli, “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”, n. 1, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

- blindagem patrimonial,²⁹ obstrução da justiça pelo devedor³⁰ ou violação a deveres processuais de colaboração com o juízo executivo;³¹
- que sustentam, ainda que em termos mais genéricos do que os referidos no item anterior, a “excepcionalidade” da medida³² ou, de modo mais brando, a sua “subsidiariedade”;³³
 - que se ocupam em estabelecer ressalvas e limites de incidência da regra fundamentalmente em relação ao Poder Público devedor;³⁴
 - que se ocupam em estabelecer ressalvas gerais concernentes à necessidade de respeito à proporcionalidade e de correlação entre a medida executiva atípica e a decisão que se deve cumprir (muitos

²⁹ Luiz Henrique Volpe Camargo, “O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado”, n. 3.2.1, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

³⁰ Nesse sentido é o texto de Luiz Carlos Souza Vasconcelos, “A jurisdição sob o prisma da tutela efetiva dos direitos e sua relação com a atipicidade dos meios executivos”, n. 4, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

³¹ Essa é uma importante diretriz, ainda que não a única, defendida por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1.º”, cit., n. 2.11, p. 255.

³² Ver, p. ex., o artigo de Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão: “A utilização da prisão civil como meio executório atípico”, n. 5, em *Medidas executivas atípicas*, cit.; Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 3, 51ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, n. 143-A, p. 228-230.

³³ Leonardo Greco, “Coadjuções indiretas na execução pecuniária”, n. 4; Hermes Zaneti Jr., “O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto”, n. 2; Andre Vasconcelos Roque, “Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015?”, n. 4; Marcelo Miranda Caetano, “A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal – o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo”, *passim*; Thiago Rodovalho, “O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCP art. 139 inc. IV (atipicidade dos meios executivos)”, n. 2; Gabriela Expósito e Sara Imbassahy Levita, “A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica”, n. 2.1; José Henrique Mouta Araújo, “Multa e medidas atípicas no mandado de segurança: um tema com variações”, letra “C”; Trícia Navarro Xavier Cabral, “As novas tendências da atuação judicial”, n. 4; Fernanda Pagotto Gomes Pitta, “Por uma teoria das medidas executivas atípicas: limites para a concessão”, n. 4.2; Bruno Campos Silva, Diego Crevelin de Souza e Jorge Bheron Rocha, “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator *shylockiano* do art. 139, IV, CPC”, *passim*; Leonardo Valverde Susart, “Atipicidade executiva e créditos trabalhistas: dessacralização do princípio dispositivo e instrumentos de gestão processual cooperativa”, n. 4 e; Luciano Henrik Silveira Vieira, “Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do Estado Democrático de Direito”, n. 5, todos em *Medidas executivas atípicas*, cit., e Daniel Amorim Assumpção Neves, “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”, em *Revista de Processo*, v. 265, 2017, n. 8.1, 125-128.

³⁴ Ver os textos de Marco Aurélio Ventura Peixoto, Patrícia de Almeida Montalvão Soares e Renata Cortez Vieira Peixoto (“Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público: aplicabilidade e limites”) e de Janaina Soares Noleto Castelo Branco e Lara Dourado Mapurunga Pereira (“O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública?”), ambos publicados em *Medidas executivas atípicas*, cit.

indicando a impossibilidade de que a medida tenha caráter “pessoal” e, conseqüentemente, o precípua caráter não punitivo da medida.³⁵

Se alguma convergência há, ela reside no último aspecto acima ressaltado. Praticamente todos os autores aludem, à parte outros pressupostos ou restrições, à necessidade de consideração da proporcionalidade e razoabilidade da medida e da sua eficiência para o resultado da execução.

Nos tópicos seguintes, procuro apresentar minha contribuição para esse debate.

5.2 Os fundamentos para a diversidade de modelos de tutela

O primeiro passo para isso está na constatação de que a adoção de diferentes modelos para a execução genérica (pagamento de quantia) e para a tutela específica (fazer, não fazer e entrega de coisa) não é aleatória.

Na tutela dos deveres de fazer e não fazer, a produção, mediante meios sub-rogatórios, do resultado que se teria com o cumprimento espontâneo pelo executado muitas vezes é

³⁵ Como dito a seguir, essa é uma nota comum a todos os textos acima referidos. Mas pode-se dizer que é o único conjunto de parâmetros de limitação apresentado por Marcelo Abelha Rodrigues (“O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? De carteira de motorista?”); Rodrigo Reis Mazzei e Marcelo da Rocha Rosado (“A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”); Alexandre Freitas Câmara (“O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”); Marcos Youji Minami (“Tradição jurídica e efetivação das decisões judiciais: repercussões da tradição *civil law* a efetivação das decisões no direito brasileiro”); Fábio Pereira Flores e Pedro Bentes Pinheiro Neto (“Medidas executivas atípicas: um breve diálogo com as *injuctions* na legislação dos Estados da Califórnia e Nova Iorque”); Leonardo de Faria Beraldo (“As medidas executivas atípicas contra o condômino inadimplente”); Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu (“Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”); Rafael Caselli Pereira (“Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV - CPC/2015) - uma proposta de sistematização”); Maria Gabriela Grings (“Medidas judiciais e ambiente digital”) e; Vinicius Lemos (“A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015”), todos em *Medidas executivas atípicas*, cit., e, ainda, Edilton Meireles (“Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”), na *Revista de Processo*, v. 247, 2015.

impossível (nos deveres de não fazer e nos deveres de fazer infungíveis). Mas, mesmo quando possível, é muito onerosa e complexa. Daí a grande relevância das medidas coercitivas. Por outro lado, o conteúdo do dever de fazer é extremamente variado, assim como os resultados que ele produz – diferentemente do dever de entrega de coisa e do pagamento de quantia, cujo resultado é sempre a transferência do bem objeto da prestação. Diante dessa grande diversidade de conteúdos e resultados, a atipicidade dos meios sub-rogatórios e coercitivos constitui aspecto fundamental para a eficácia dessa modalidade de tutela.

Já a efetivação da tutela para entrega da coisa, em princípio realizável por meios sub-rogatórios, como vimos, pode ter sua eficácia comprometida pela inobservância, por parte do obrigado, de deveres instrumentais de colaboração (indicação de onde o bem se encontra, viabilização de acesso ao bem etc.) – muitos deles infungíveis ou de difícil execução por sub-rogação. Assim, na tutela para entrega de coisa, a incidência das medidas coercitivas e sub-rogatórias atípicas não é ilimitada. Nela, a regra do poder geral de medidas atípicas tem aplicação subsidiária (art. 538, § 3º – n. o, acima).

Já na execução para pagamento de quantia, não há dúvidas de que o emprego da atividade sub-rogatória pode demandar tempo e ser custosa (ainda que significativamente menos do que na sub-rogação do dever de fazer, que tende a custar, no mínimo, valor igual ao do próprio dever). Mas o emprego generalizado de medidas coercitivas não é necessariamente a providência adequada.

Convém examinar destacadamente cada uma das hipóteses que podem se pôr na execução por quantia certa.

5.3 Devedor sem patrimônio para responder pela dívida

Se o devedor está insolvente (i.e., tem patrimônio em valor inferior ao da dívida), sem perspectiva de que a situação se altere,

cabe declarar-se judicialmente essa situação, submetendo-o à execução concursal (falência ou insolvência civil) e extinguindo-se a execução individual, sem que nessa caiba medida coercitiva.

A cominação de multa ou outra medida coercitiva, nessa hipótese, seria despropositada, dada a impossibilidade de o devedor pagar.

5.4 Devedor com dinheiro em espécie suficiente para responder pela dívida

Se, por outro lado, o devedor dispõe de dinheiro em montante suficiente para satisfazer a dívida, em espécie e não ocultado (p. ex., em aplicações financeiras), a direta apreensão do numerário é o modo mais simples e eficiente de realizar-se a execução.

A penhora de dinheiro tem preferência absoluta sobre qualquer outra (CPC, art. 835, I e § 1º). E o ordenamento dispõe de mecanismo apto ao bloqueio do dinheiro ainda antes de o devedor ser citado, independentemente de comprovação adicional de *periculum in mora* (CPC, art. 854).³⁶

Nesse caso, a medida coercitiva é desnecessária. Seu emprego constituiria desvio de finalidade.

5.5 Devedor solvente mas sem liquidez

Mas há uma situação intermediária: o devedor é solvente (i.e., tem patrimônio em valor superior ao da dívida), mas não tem liquidez. Ou seja, não tem dinheiro em espécie em montante suficiente para saldar o débito, de modo que seus bens precisariam antes ser transformados em dinheiro.

³⁶ Sobre o tema, remeto ao que expus em “Penhora online no CPC/2015”, em *Informativo Eletrônico JPOT*, n. 120, 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE120/IE120-Eduardo-Penhora-online.pdf>, e *Curso avançado...*, v. 3, cit., n. 8.6.1.3.

Poder-se-ia supor que esse é o campo adequado para o emprego das medidas atípicas do art. 139, IV. Mas não é exatamente assim.

5.5.1 Medidas coercitivas típicas na execução por quantia certa

Primeiro, porque na disciplina específica da execução por quantia, além do procedimento sub-rogatório de expropriação executiva, também já foram previstas medidas coercitivas típicas. Em princípio, serão elas as providências aplicáveis ao caso.

Assim, na execução contra devedor solvente fundada em título judicial, o executado responde por multa de dez por cento da condenação, ao não cumpri-la no prazo de quinze dias (CPC, art. 523, § 1º). Trata-se de medida de coerção típica. Se o legislador ocupou-se em estabelecê-la, prevendo-a em percentual único e inalterável, não há como, invocando-se o art. 139, IV, estabelecer-se outra multa, em percentual diverso, ou outras medidas coercitivas, atípicas.

É possível também o protesto do título executivo judicial (art. 517, CPC) – medida que igualmente tem marcante carga coercitiva.

Ainda, tanto na execução do título extrajudicial quanto na do título judicial, cabe a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes (CPC, art. 782, §§ 3º a 5º). Essa providência também se presta à coerção do devedor.

5.5.2 Os juros (coerção pecuniária periódica) – O paradoxo da multa

Ademais, em qualquer execução por quantia, o devedor também se submete a uma medida coercitiva de incidência periódica – de há muito adotada: o pagamento de juros, que, nos débitos cobrados em juízo, são superiores aos propiciados por qualquer aplicação financeira.

Aliás, a técnica da incidência da multa por dia de atraso no cumprimento de prestação pecuniária identifica-se, nesse campo, com a técnica da incidência de juros de mora. A cominação de multa processual diária equivaleria à imposição judicial de juros diários.³⁷ Sabe-se, no entanto, que os juros – ainda quando elevados (como são os praticados na economia brasileira) – dificilmente demovem o devedor de sua intenção de não pagar. Não há razões para apostar que, sob o nome de “multa periódica”, os juros teriam maior sucesso.

Dificilmente a aplicação da multa teria eficácia prática, pois conduziria a um impasse lógico: recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria executável através daquele mesmo modelo inefetivo. Ou se cominaria uma nova multa para impor a cobrança do crédito derivado da multa anteriormente imposta – e depois outra e mais outra, em um moto perpétuo?

5.5.3 As modalidades expropriatórias executivas – Suficiência dos meios sub-rogatórios

Nesse contexto – em que o devedor não tem dinheiro, mas tem patrimônio suficiente para responder pela dívida –, não parece razoável a imposição de medidas coercitivas adicionais pelo fato de ele não transformar seu patrimônio em dinheiro para pagar a dívida. Se o que se busca é essa transformação, mais fácil é providenciá-la diretamente, mediante os vários meios executivos expropriatórios (adjudicação, alienação por iniciativa privada, alienação em leilão e apropriação de frutos e rendimentos).

Não há porque supor que, pressionando-o, com medidas de coerção, ele poderá providenciar a transformação desse patrimônio em dinheiro mais rapidamente do que se daria mediante os

³⁷ Prova disso é que, em Portugal, a “sanção pecuniária compulsória” aplicada à tutela para pagamento de quantia apresenta-se sob a forma de “juros adicionais” (C. Civ. port., art. 829-A, n. 4).

mecanismos expropriatórios executivos – que hoje são razoavelmente flexíveis e aptos a produzir resultados estáveis.

Alguém poderia cogitar, é bem verdade, do emprego de medidas sub-rogatórias atípicas, com base no art. 139, IV, para supostamente flexibilizar os mecanismos expropriatórios executivos, de modo a dar-lhes mais eficácia. Mas é difícil imaginar um papel verdadeiramente útil para a medida atípica nesses termos. Atualmente, com a alienação por iniciativa privada, a expropriação tornou-se dinâmica e livre de amarras formais. Ela já é flexível. Não parece haver nada que uma medida atípica possa acrescentar. De resto, a adoção de uma medida atípica não poderia servir de pretexto para o descumprimento dos pressupostos e requisitos das diferentes modalidades expropriatórias. Por exemplo, não serviria para dispensar os editais no leilão ou para autorizar a arrematação do bem por preço vil.

Então, não parece haver um campo útil e legítimo para o emprego da sub-rogação atípica em matéria de expropriação executiva.

5.6 O campo de incidência das medidas atípicas: dever de colaboração e não obstrução da justiça; preservação patrimonial

Agora, o grande problema reside nos casos em que o devedor oculta seu patrimônio, transfere-o fraudulentamente a terceiros, obstrui o acesso a tais bens ou não colabora minimamente para permitir que os agentes jurisdicionais os apreendam ou para viabilizar a transferência dos bens após a expropriação executiva.

Aí está o ponto sensível para o qual as medidas coercitivas atípicas são de fundamental importância na execução para pagamento de quantia.

Então, as providências que o art. 139, IV, do CPC/2015 autoriza a adotar “inclusive nas ações que tenham por objeto

prestação pecuniária” não são utilizáveis contra o condenado diretamente para impor o próprio cumprimento da obrigação – o que dependeria de disciplina específica no cumprimento de sentença – mas sim para assegurar a própria prática dos atos executivos e para assegurar que o devedor cumpra as condutas elementares de boa-fé e cooperação perante o juízo executivo.

Nesse sentido, não cabe aplicar medida coercitiva atípica ao devedor, no cumprimento de sentença condenatória pecuniária, por falta de pagamento, mas essas medidas podem ser adotadas para se impor a apresentação de rol de bens penhoráveis, para se obter o acesso ao bem penhorado, para impedir o esvaziamento e a ocultação patrimonial, para permitir que o bem seja buscado e apreendido para ir a depósito ou para ser entregue ao adquirente – e assim por diante.

Os arts. 772 a 774 do CPC veiculam um leque de condutas exigidas do executado para que a execução possa desenvolver seus mecanismos sub-rogatórios adequadamente: comparecer em juízo, quando determinado; fornecer informações e documentos relativos ao objeto da execução, quando determinado; não fraudar a execução; não se opor maliciosamente à execução; não dificultar nem embaraçar a penhora; acatar ordens judiciais; quando determinado pelo juiz, indicar-lhe quais são, onde estão e quanto valem os bens penhoráveis; apresentar os documentos relativos a tais bens – e assim por diante. O rol não é exaustivo, pois a fórmula utilizada em determinadas hipóteses é ampla e indeterminada o suficiente para abranger quaisquer casos de obstrução ou não colaboração com a justiça (“opõe-se maliciosamente à execução”; “resiste injustificadamente às ordens judiciais”).

Essas condutas são inconfundíveis com a obrigação (de pagar) objeto do mandado executivo. São deveres de fazer e não fazer, de caráter público (processual). Para assegurar sua observância, o juiz emite verdadeiras *ordens*, decisões com força

mandamental – como também se extrai das regras acima referidas e ainda de outras, como as do art. 846 do CPC.

Nesses casos, na disciplina específica da execução, também já há expressa previsão de punições processuais (CPC, art. 774). Mas há também a ressalva de que a penalidade ali prevista incide “sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material” (art. 774, par. ún.).

Em suma, nessas situações, as medidas atípicas a que alude o art. 139, IV, poderão ser amplamente adotadas.³⁸

5.7 Ordem do juiz e medidas atípicas

Como antes ressaltado, o emprego das medidas atípicas, sobretudo as de coerção, está vinculado à existência de uma verdadeira *ordem* judicial. Elas se destinam a atribuir mais eficiência a comando que impõe diretamente uma conduta ao jurisdicionado. Tal aspecto, inerente ao próprio regime jurídico da eficácia das decisões judiciais, está explícito no próprio inc. IV do art. 139 (“... para assegurar o cumprimento de *ordem* judicial...”).

É o que se tem nas hipóteses indicadas no item anterior.

Na condenação pecuniária seguida da execução (cumprimento de sentença) em regra não se tem uma ordem (pronunciamento mandamental) de pagamento.³⁹ Na execução (comum) por quantia certa, penhora, expropriação e satisfação do credor constituem um *iter* do qual o devedor não participa. Há sub-rogação por ocasião do desapossamento da coisa devida e da sua entrega ao credor, sem participação do devedor. Igualmente, a realização da obra por terceiro, às custas do devedor, quando este

³⁸ Em termos semelhantes: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1.º, CPC”, cit., n. 2.11, p. 254.

³⁹ Cabe desde já ressaltar a tutela de alimentos e a tutela antecipada urgente que determina pagamento de quantia – hipóteses em que se tem, propriamente, decisão mandamental de pagamento de quantia, conforme apontado adiante.

não cumpre a obrigação, é exemplo típico de utilização de medida sub-rogatória. Tudo isso se dá independentemente de qualquer ordem ao devedor. Mais ainda: nessa atividade executiva em sentido estrito, afirma-se a incidência de meios sub-rogatórios sobre o patrimônio do executado (e não sobre sua pessoa): é o princípio da “realidade da execução”.⁴⁰ No âmbito da condenação e execução por quantia certa, permanece válida a observação de Liebman no sentido de que o juiz, quando profere sentença condenatória, não está dando nenhuma ordem ao condenado.⁴¹ Com isso não se está a dizer que a tutela para pagamento de quantia não se possa fazer pela via mandamental – tanto pode que o próprio ordenamento brasileiro contemple hipóteses nesse sentido, como visto a seguir. A questão é que, no modelo geral de tutela pecuniária, optou-se pela execução mediante sub-rogção.

E isso não significa a adoção de um sistema menos eficiente de tutela ou condescendente com o devedor. Como se procurou demonstrar acima, o fundamental é poder apreender diretamente numerário, sempre que possível, e coibir atos que ocultem ou esvaziem o patrimônio ou que dificultem ou impeçam a expropriação de bens. Para isso, o juiz vale-se amplamente de ordens e de medidas coercitivas, atípicas inclusive, se for o caso.

5.8 Tutela antecipada urgente na execução

De resto, e como já observado em relação às outras modalidades executivas (n. o, n. o e n. o, acima), em casos de urgência (i.e., quando concedida tutela cautelar ou antecipada urgente), também poderá justificar-se o emprego da medida

⁴⁰ Ver, entre outros: Liebman, *Processo de execução* (atualiz. por J. Munhoz de Mello), 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, n. 35, p. 85; Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. V, n. 1147-1148, p. 73-75; Theodoro Júnior, *Processo de execução*, 15ª ed., São Paulo, Leud, 1991, cap. I, n. 11, p. 22.

⁴¹*Processo de execução*, cit., n. 7, p. 16.

coercitiva atípica para a direta imposição do pagamento de quantia.

A atipicidade dos meios de execução está expressamente prevista na disciplina da tutela provisória (art. 297, *caput*: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”).

5.9 Execução de alimentos

Por fim, quando a obrigação de pagar tem natureza alimentar (independentemente de sua origem, se do direito de família ou não – n. o, acima), a essencialidade do bem jurídico a ser protegido (subsistência digna do credor) justifica inclusive o emprego da prisão civil (CF, art. 5º, LXVII).

A decisão que determina o pagamento de alimentos tem eficácia preponderantemente mandamental. Assim, tal *ordem* judicial pode fazer-se acompanhar de medidas atípicas outras, que não a prisão civil.

Evidentemente, o emprego do art. 139, IV, nessa hipótese não pode servir de pretexto para a atrofiação da tutela ao alimentando, que goza de especial proteção constitucional. Mas se o próprio credor de alimentos sugere ou pleiteia providências coercitivas outras – ou se o juiz as adota sem prejuízo do emprego da prisão que foi requerida pelo credor – tais medidas poderão ser adotadas, desde que legítimas (inclusive sob o prisma de proporcionalidade e da razoabilidade) e aptas a incentivar o cumprimento da ordem.

Também é óbvio que o art. 139, IV, não poderá ser usado para subverter os parâmetros da prisão civil, agravando-a. Assim, seria descabido o juiz decretar uma “prisão atípica” que pudesse ultrapassar o limite temporal de três meses previsto no art. 528, § 3º.

Feitas essas ressalvas, a tutela alimentar talvez seja um dos raros campos em que seriam razoáveis e proporcionais muitas das medidas coercitivas atípicas recentemente noticiadas na imprensa,

no mais das vezes bizarras no contexto em que foram aplicadas. Afinal, proibir o devedor de alimentos de dirigir ou apreender-lhe o passaporte é menos gravoso do que a sua prisão civil – e, conforme as circunstâncias concretas, pode ser mais eficiente.⁴²

5.10 Breve nota comparativa

Tornou-se comum entre doutrinadores brasileiros reputar que a inefetividade da execução e a ineficácia das decisões judiciais seriam uma decorrência da timidez na previsão de medidas coercitivas em nosso sistema, quando comparado a outros ordenamentos. Tal imputação já foi justificável no passado.⁴³ Mas esse discurso de há muito perdeu sua validade.⁴⁴ Como se viu, o arcabouço de medidas de coerção disponíveis no direito brasileiro destaca-se por sua amplitude, no cotejo com o previsto em outros ordenamentos. E nem mesmo no terreno da execução para pagamento de quantia parece justo afirmar que o arsenal de coerção seria limitado ou empregado com timidez.

Como em qualquer outro tema processual, a comparação com o *common law* é bastante difícil – seja pela relativa fluidez das medidas ditadas com base na *equity*, seja por haver atualmente grande quantidade de variações de disciplina específica nas diferentes ordens positivas que integram aquele sistema. De todo

⁴² Na mesma linha: Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu, “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”, n. X.2, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

⁴³ Quando, p. ex., a formularam Barbosa Moreira (“Tutela sancionatória e tutela preventiva” e “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, ambos publicados em *Temas de direito processual: segunda série*, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1988) e Francisco Carlos Duarte (“Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional”, em *Revista de Processo*, v. 70, 1993).

⁴⁴ O mantra, no entanto, permanece sendo repetido. No início de 2016, constituí um grupo de discussão no *Academia.edu* a respeito da medida judicial de bloqueio do *WhatsApp*, de que participei, com brilho e dedicação, dezenas de ilustres estudiosos do processo e profissionais do direito. Impressionou-me o número de manifestações no sentido de que o problema do frequente desrespeito a pronunciamentos judiciais residiria na tibieza das medidas processuais coercitivas. V. o meu ensaio, já referido, “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”, cit., n. 15, p. 402.

modo, em linhas gerais, nota-se que as medidas de coerção não desempenham, na tutela pecuniária, papel marcadamente mais intenso do que aquele que têm entre nós. Por um lado, as *injunctions* e a *specific performance* – medidas configuradas no plano da *equity*, cuja inobservância configura *contempt of court* – operam precipuamente no âmbito da tutela específica (i.e., deveres de fazer, não fazer e entrega de coisa). Em relação às obrigações de pagamento de quantia, o uso de tais medidas tende a cingir-se a medidas de preservação patrimonial (p. ex., a *Mareva injunction*).⁴⁵ Por outro lado, o modelo de execução das obrigações de pagamento de quantia desenvolve-se fundamentalmente mediante medidas sub-rogatórias – às quais são incidentalmente acopladas providências destinadas à identificação e preservação do patrimônio.⁴⁶ Isso não é substancialmente diferente do panorama identificado para a tutela para pagamento de quantia no direito brasileiro.

No *civil law* tampouco se identificam sistemas que adotem em termos amplos e generalizados medidas coercitivas diretamente para impor o cumprimento da prestação pecuniária.

No processo civil italiano, por exemplo, até recentemente nem havia a previsão de medida coercitiva de caráter geral. Seu

⁴⁵A *Mareva injunction* (ou *freezing injunction*), normalmente concedida *ex parte*, tem por objeto o bloqueio de patrimônio do réu (ou futuro réu) para que ele não possa frustrar a tutela jurisdicional desfazendo-se de seus bens. Pode incidir sobre a totalidade do patrimônio (*general Mareva order*), sobre fração do patrimônio em valor que cubra ao máximo a pretensão do autor (*maximum sum order*) ou sobre bens específicos (*specific assets*). Guarda alguma equivalência com nossos sequestro e arresto. Cf. Ingman, *The English Legal Process*, 13^a ed., Nova York, Oxford University Press, 2011, n. 9.4.2.6, p. 345-350; Marsh e Andoh, *Civil remedies*, Aldershot, Dartmouth, 1997, cap. 9, p. 254-278; Osborne, *Civil litigation*, 9^a ed., Londres, Blackstone Press, 2001, n. 22.2.4 e 22.2.5, p. 297-298.

⁴⁶Como escrevem Oakley e Amar: “Most civil judgments are not directly coercive; instead, they take the form of money judgments that merely authorize the winning party to take coercive steps if payment is not forthcoming” (*American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, p. 244). Sobre a Inglaterra, v. Neil Andrews, *O moderno processo civil* (rev. trad. Teresa Arruda Alvim), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, n. 8.28 a 8.32, p. 202 a 206. Lá, o devedor pode ser obrigado, sob as penas do *contempt of court*, a fornecer ao tribunal a relação de seus bens e compromissos financeiros (CPR 71), assim como podem ser emitidas notificações de pagamento que impeçam transações envolvendo bens sujeitos à execução (CPR 73 - *charging orders, stop orders* e *stop notices*) etc.

emprego estava restrito a uns poucos procedimentos especiais, relativos a deveres de fazer e não fazer. A reforma de 2009 instituiu o emprego geral da multa, mas apenas nas execuções de fazer infungíveis e não fazer.⁴⁷ Nova reforma, em 2015, alterou o art. 614-*bis* do CPC italiano, para estender o uso da multa à execução das obrigações de fazer fungíveis e de entrega de coisa. Continuou não havendo previsão de medidas coercitivas na execução pecuniária do processo civil italiano.⁴⁸

Na França e em Portugal, as *astreintes* e a sanção pecuniária compulsória podem ser empregadas inclusive relativamente ao pagamento de quantia.⁴⁹ Mas, em Portugal, isso nada mais significa do que o acréscimo de até 5%, ao ano, aos juros devidos (C. Civil, art. 829º - A, n. 4) – solução até mais tímida do que a adotada no Brasil, no que concerne à correção monetária e juros moratórios dos débitos judiciais. Na França, as *astreintes* têm sua força intimidatória bastante reduzida, em termos práticos, quando fixadas em caráter “provisório” – o que é a regra. Nessa hipótese, elas podem depois ser revistas, e é nisso que comumente o devedor

⁴⁷ Cf. Bucci e Soldi, *Le nuove riforme del processo civile*, Pádua, Cedam, 2009, cap. 9, p. 222 e seguintes; Carpi e Taruffo, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, 6ª ed., Pádua, Cedam, 2009, notas ao art. 614-*bis*, p. 1924-1926; Ventura, “L’esecuzione in forma specifica”, em *L’esecuzione forzata riformata* (org. Miccolis e Perago), Turim, Giappichelli, 2009, p. 470-474; Delle Done, “L’introduzione dell’esecuzione indireta nell’ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo”, em *L’esecuzione processuale indiretta* (org. Bruno Capponi), Milão, Ipsoa, 2011, p. 123 e seguintes.

⁴⁸ Cf. Fortieri, “Esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare”, em *Codice comentato delle esecuzioni civili* (org. Arieta, De Santis e Didone), Milão, Utet, 2016, p. 1621-1644; Proto Pisani, “Quattro brevi lezioni sul processo civile”, em *Rivista di Diritto Processuale*, v. 4-5, 2016, n. 22, p. 955; Simonetta Vincere, “Le misure coercitive ex art. 614-*bis* CPC dopo la riforma del 2015”, em *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, 2017, p. 368 e seguintes (no n. 7, p. 381-382, o autor relata que, também desde 2015, passou-se a prever o cabimento de medida coercitiva pecuniária no processo administrativo até mesmo quando o *giudizio di ottemperanza* tiver por objeto pagamento de quantia).

⁴⁹ Sobre a progressiva aceitação, na França, do emprego das *astreintes* para impor pagamento de quantia, v. Perrot e Théry, *Procédures civiles d’exécution*, Paris, Dalloz, 2000, n. 73, p. 86-87. Sobre o emprego da “sanção pecuniária compulsória” como “adicional de juros nas obrigações pecuniárias”, em Portugal, v. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2ª ed. (2ª reimp.), Coimbra, Coimbra Ed., 1997, n. 115, p. 452-458.

aposta.⁵⁰ Já as *astreintes* definitivas submetem-se a diversas condicionantes e limites, notadamente terem sido precedidas da tentativa do emprego das *astreintes provisoires* e poderem ser usadas apenas por um limite determinado de tempo – o que também mina sua eficácia.

Mas é o processo alemão o mais frequentemente lembrado, entre nós, pelo rigor com que trata o executado.⁵¹ Todavia, quando se examina o regramento da execução das condenações a pagamento de quantia naquele ordenamento, vê-se que ele se pauta essencialmente no modelo sub-rogatório de expropriação de bens. Em regra, não se adota medida de coerção para impor o pagamento de quantia. As medidas coercitivas são utilizáveis, isso sim, para impor ao executado o cumprimento do dever acessório de apresentar em juízo o rol de seus bens e créditos e das operações de transferências de bens que realizou dentro de certos termos pretéritos (ZPO, § 807). O não cumprimento dessa ordem de arrolamento de bens e operações (*eidesstattliche Versicherung*) poderá submeter o executado a prisão civil (*Haftbefehl*, ZPO, § 901) e inclusão de seu nome em uma lista negra (*schwarze Liste*, ZPO, § 915).⁵²

Ressalvada a impossibilidade de emprego da prisão civil, senão para o descumprimento de ordem de cumprimento de dever alimentar (n. o e o, acima), esse conjunto de providências empregado no direito alemão é adotável, *de lege lata*, no direito brasileiro – e ele se põe estritamente dentro dos limites, preconizados neste ensaio, para o uso de medidas atípicas na execução pecuniária. Como se procurou até aqui destacar, este é o campo por excelência para o emprego de medidas coercitivas na

⁵⁰ Ver a respeito Starck, Roland e Boyer, *Obligations: t. 3*, n. 577, p. 245; H., L. e J. Mazeaud e F. Chabas, *Leçons de Droit Civil: t. II, v. 1 - Obligations: théorie générale*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 1998 (9ª ed. atualiz. por F. Chabas - 4ª e 5ª ed. atualiz. por Michel de Juglart), II-1, n. 945, p. 1.030.

⁵¹ Vejam-se as referências nas notas 43e 44, acima.

⁵²Cf. Peter Murray e Rolf Stürner, *German civil justice*, Durham, Carolina Academic Press, 2004, p. 455-456.

tutela para pagamento de quantia: a *imposição do respeito a deveres processuais de identificação, permissão de acesso e preservação patrimonial*. Assegurado o respeito a tais deveres, a execução por sub-rogação é o caminho mais razoável e eficiente para a satisfação do crédito pecuniário não-alimentar, em qualquer sistema.⁵³

6. Pra não dizer que não falei das medidas indutivas

Merece ainda breve nota um ponto do art. 139, IV, que tem merecido menos atenção. Trata-se da autorização de emprego de “medidas indutivas”.⁵⁴

Medidas indutivas são aquelas destinadas a influenciar o sujeito a adotar determinada conduta. Isso pode fazer-se mediante a ameaça de um mal, caso ele não adote a conduta deseja (indução negativa) ou de uma vantagem, caso ele a adote (indução positiva). A indução negativa foi referida especificamente no art. 139, IV, como “medida coercitiva”. Logo, a referência a “medidas indutivas” concerne à indução positiva: a oferta de prêmios, incentivos, para o cumprimento da decisão judicial.⁵⁵ Trata-se de *sanção premial* ou *positiva*.

⁵³ Isso é claramente constatado pelos estudiosos de processo comparado: “The enforcement of money claims basically takes the following three stages *under any system*: First, the seizure of specific piece of property from which the debt can be paid, second, conversion of the seized property into cash, and third, satisfaction of the enforcing creditor” (Chase, Hershkoff, Silberman, Sorabji, Stürmer, Taniguchi e Varano, *Civil Litigation in Comparative Context*, 2ª ed., St. Paul, West Academic Pub., 2017, cap. 10, n. IV, p. 607 – sem destaque no original).

⁵⁴ Vejam-se, p. ex., os artigos de Rodrigo Mazzei e Marcelo Rosado, “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”; e de Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu, “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”, n. X.8, todos em *Medidas executivas atípicas*, cit.

⁵⁵ Tratei mais amplamente do tema em *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., nn. 5.1, 5.2.2 e 5. A distinção entre medidas coercitivas (indutivas negativas) e premiaias (indutivas positivas) não foi originalmente concebida por mim. Provém da teoria geral do direito (v. a respeito as referências contidas em minha obra ora citada) – e não toma em conta esse ou aquele ordenamento positivo. Nesse sentido, trata-se de noções lógico-jurídicas – e não jurídico-positivas. Logo, não me parece correto afirmar, como fizeram Rodrigo Mazzei e Marcelo Rosado (em “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”, n. 5, em *Medidas executivas atípicas*, cit.) que “a

A existência de sanções premiais é um dos fenômenos que evidencia a superação da tradicional ideia da sanção como *consequência negativa (imposição de um “mal”) normativamente prevista para o caso de violação de uma norma*.⁵⁶ Afinal, a sanção: i) não é necessariamente medida posterior à conduta do sujeito sancionado, podendo ser preventiva; ii) não consiste necessariamente na “realização compulsória de um mal”, uma vez que se pode apresentar sob a forma de um *prêmio* (concessão de um bem) a quem observa voluntariamente determinada norma jurídica; e, como consequência dos traços anteriores, iii) não é necessariamente reação a um ato ilícito, embora tenha em mira sempre a observância de normas jurídicas. Assim, sanção é *toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância*.⁵⁷

É nesse quadro que se inserem as medidas processuais de indução positiva. A referência a elas no art. 139, IV, não constitui novidade no sistema. De há muito, o processo civil brasileiro emprega também sanções premiais para incentivar o cumprimento de suas decisões. É o que se tem no art. 61 da Lei 8.245/1991 (exoneração de verbas de sucumbência em caso de desocupação tempestiva do imóvel locado), no art. 701, § 1º, do CPC (isenção de

classificação proposta por Talamini sob a égide do texto normativo precedente, que identifica medidas indutivas como gênero que abrange os meios coercitivos (medidas indutivas negativas), parece não ser mais conveniente”. A distinção continua existindo e sendo útil. Não será o art. 139, IV, de resto repleto de ambiguidades e impropriedades terminológicas, que “revogará” esse ponto da teoria geral do direito...

⁵⁶ A concepção tradicional, que vincula a sanção sempre a uma consequência negativa, é preconizada, entre outros, por Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6ª ed. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960), Coimbra, Armênio Amado, 1984, n. 27, p. 163 e seguintes; José Ascensão, *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, n. 26, p. 52; Arruda Alvim, *Tratado de direito processual civil*, 2ª ed. refundida do *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, RT, 1990, v. I, n. 2.2, p. 51-53.

⁵⁷ Ver Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, n. 239, p. 673; Norberto Bobbio, “Sanzione”, em *Novissimo digesto italiano*, Turim, Utet, 1969, v. XVI, n. 1-2, p. 530-531. O conceito ora proposto, porém, é mais amplo do que o adotado por Bobbio (v. “Sanzione”, cit., n. 12, p. 537).

custas em caso de cumprimento voluntário do mandado monitorio), no art. 827, § 1º, do CPC (redução pela metade dos honorários advocatícios em caso de pronto cumprimento do mandado executivo), no art. 916 do CPC (parcelamento do crédito objeto do título extrajudicial mediante renúncia aos embargos de executado e pagamento imediato de 30% da dívida), entre outras normas.

O grande problema da medida de indução positiva atípica é definir qual benefício pode ser ofertado a uma parte sem que isso represente uma supressão de direito da parte adversária.⁵⁸ O juiz não pode “fazer cortesia com o chapéu alheio”. Não lhe é dado dispor de uma parte do direito do credor nem mesmo sob a perspectiva de que assim estará incentivando o cumprimento da parcela restante. Por exemplo, o juiz não pode ofertar ao executado um desconto no crédito exequendo em caso de pronto pagamento. Não pode, sem a concordância do credor, conceder ao devedor um parcelamento fora das hipóteses legalmente autorizadas – e assim por diante.

Nos exemplos antes mencionados, o benefício é previamente estabelecido em lei – e recai em regra sobre uma obrigação constituída no processo e que, portanto, pode ser modelada e remodelada pelas regras processuais (custas, honorários...). Na hipótese do parcelamento previsto no art. 916 do CPC, o ônus da vantagem concedida ao devedor é em tese “arcado” pelo credor (que se submete à suspensão da execução e ao diferimento do pagamento independentemente de sua vontade). Mas os termos e condições estabelecidos pela lei nessa hipótese (depósito inicial mínimo de 30% do crédito; parcelamento curto do saldo, de no máximo seis parcelas mensais; imposição de renúncia de embargos; multa, vencimento antecipado e retomada da execução

⁵⁸ Aspecto também notado por Edilton Meireles, “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”, cit., n. 6, p. 242; e Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu, “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”, n. III, em *Medidas executivas atípicas*, cit.

em caso de inadimplemento de qualquer parcela...) evidenciam não haver em termos concretos prejuízo ao credor, que muito dificilmente conseguiria transformar bens do devedor em dinheiro nesse curto período.

Diante desse quadro, não parece possível negar por completo a incidência de medidas de indução positivas atípicas. Mas seu campo de emprego é muito limitado. O benefício processual terá de recair sobre uma posição jurídica não pertencente ao credor, mas à própria jurisdição. Por exemplo, o perdão ou redução de uma multa por ato atentatório à dignidade da justiça anteriormente imposta com base no art. 77, § 2º do CPC. Tal multa não é crédito da parte, mas do próprio Estado-jurisdição. Portanto, o juiz está autorizado utilizá-la nas sanções premiais.

7. Considerações finais

Não parece ser o caso de se apresentar ao final um sumário analítico sobre o cabimento do poder geral de medidas atípicas nas diferentes modalidades executivas. O essencial é enfatizar que ele tem vez sempre que se estiver diante de verdadeira *ordem* do juiz (pronunciamento com conteúdo mandamental) e ele não pode ser invocado como artifício para desrespeitar-se os pressupostos e limites das medidas típicas. Engana-se quem supõe que o art. 139, IV, prevê aplicação de medidas atípicas para a execução de qualquer sentença de prestação de conduta. Ele incide apenas quando há “ordem judicial” – conforme expresso, aliás, no próprio dispositivo. O art. 139, IV institui um poder-dever de o juiz determinar medidas executivas atípicas para a realização das suas *ordens*. Mas não se extrai dessa disposição – nem de nenhuma outra –, minimamente, a transformação de todas as sentenças de prestação de conduta em sentenças que contenham uma *ordem*. Enfim, consagra-se um “poder geral de medidas executivas” para

as ordens judiciais – mas não a generalização da mandamentalidade nas decisões judiciais.⁵⁹

Assim, e muito sinteticamente, o poder geral em questão: (a) incide amplamente na tutela de deveres de fazer e não fazer (título judicial); (b) tem incidência mais limitada na tutela para entrega de coisa (título judicial) – terreno em que a aplicabilidade da medidas sub-rogatórias atípicas é mais larga, ao passo que são restritas (ainda que frequentes na prática) as hipóteses em que é necessário e adequado o emprego de medidas coercitivas; (c) não é diretamente aplicável ao mandado executivo da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, fundado em título extrajudicial, mas pode ser empregado para assegurar a observância de deveres processuais de colaboração e não obstrução da atuação executiva; (d) não se aplica diretamente ao mandado executivo de pagar quantia (não alimentar), seja fundado em título judicial ou extrajudicial, mas também nessa hipótese incide plenamente em relação aos deveres processuais de colaboração e não obstrução da atuação executiva; (e) é aplicável à tutela de alimentos, mas não pode ser exercido para suprimir a garantia do alimentando ao emprego da prisão civil nem para a desconsideração dos parâmetros normativos da prisão civil, de modo a agravá-la; (f) é aplicável aos comandos de cumprimento de tutela urgente, independentemente da natureza do dever envolvido.

Em todo e qualquer caso em que incida o poder geral em questão, será indispensável, no seu exercício, a consideração da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência da medida.⁶⁰ A prisão

⁵⁹ Corretos nesse ponto Natascha Anchieta e Igor Raatz: “O art. 139, IV, do CPC, ao autorizar a utilização de medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, não transformou as sentenças condenatórias em mandamentais ou revogou as regras erigidas em favor da responsabilidade patrimonial do devedor” (“Da capacidade de invenção dos juristas brasileiros e o fenômeno da transformação das ações condenatórias em mandamentais: ou o que Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva diriam a respeito das leituras (equivocadas) do art. 139, IV, do CPC”, em *Revista de Processo*, v. 276, 2018, n. 6, p. 176).

⁶⁰ Reitere-se que esse é o principal tema enfrentado em meu ensaio “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp”, cit. No momento da finalização deste ensaio, noticiou-se o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o art. 139, IV (ADI 5.941). Mas a

civil fica restrita à tutela dos alimentos – que, todavia, não se limitam àqueles provenientes do direito de família, abrangendo toda e qualquer prestação que seja na sua origem ou função essencialmente destinada à subsistência digna do titular do direito.

Uma última consideração merece aqui ser feita. O poder de adoção de medidas atípicas é instrumento de *efetivação* das ordens judiciais (“... assegurar o cumprimento...”, diz o art. 139, IV). Sua função é essencialmente executiva: propiciar a tutela a que o jurisdicionado tem direito, nos limites do devido processual legal formal e material. Não se trata de puro instrumento de afirmação da autoridade judicial nem de meio de punição à afronta a essa autoridade. Para isso, existem sanções específicas (p. ex. CPC, arts. 77, § 2º, 81 e 774, par. ún.).

Em muitas das medidas atípicas extravagantes cuja aplicação foi amplamente noticiada ou mesmo gerou repercussão nacional (bloqueio do WhatsApp, apreensão de passaporte, cancelamento de cartão de crédito, suspensão de CHN, corte de luz de repartição pública...), muito mais do que verdadeiro escopo executivo, o que se constatou foi uma reação enérgica de juízes que se viram afrontados em sua autoridade.⁶¹ Não é justificável desprezar a Jurisdição. Mas as sanções aplicáveis a quem a desprezita, repita-se, são outras, que não as medidas atípicas do art. 139, IV.

Ao mesmo tempo em que episódios como esses se multiplicam, assiste-se também a uma relativa resistência judiciária na aplicação de mecanismos fundamentais para a

demanda proposta não contesta a legitimidade da previsão normativa com um todo. Pede apenas “para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”. Vale dizer, não se impugna a norma em si, mas sua aplicação desarrazoada e desproporcional.

⁶¹ Vale aqui o relato de Leonardo Carneiro da Cunha, amparado na pesquisa jurisprudencial que fez para escrever, em coautoria com Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira, o artigo “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1.º, CPC”, cit.: o elemento em comum em todos os casos em que as medidas atípicas ora mencionadas foram aplicados era drástica reação de um juiz irritado com um devedor renitente ou ardiloso.

identificação e preservação do patrimônio penhorável ou para a adequada incidência dos mecanismos expropriatórios. Alguns exemplos, entre muitos: (i) decisões que se negam a dar aplicação devida ao bloqueio de ativos previsto no art. 854 do CPC, pretendendo submetê-lo aos requisitos das medidas cautelares ou do arresto executivo;⁶² (ii) decisões que recusam autorização para inscrever o devedor do título executivo extrajudicial no cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC), invocando para tanto o art. 783, § 5º, e ignorando o Livro do CPC em que a disposição está inserida (destinado precisamente à execução do título *extrajudicial*);⁶³ (iii) decisões que alargam indevidamente as hipóteses de impenhorabilidade.⁶⁴

O risco é o de se estabelecer um sistema de tutela executiva esquizofrênico: cioso de sua autoridade, mas incapaz de produzir resultados concretos.

Mais ou menos como o mal juiz de futebol que é condescendente e nem falta marca quando o zagueiro tosco quebra a canela do meia hábil; mas se enfurece e logo saca do bolso o cartão vermelho quando o capitão do time vem reclamar-lhe com o ânimo exaltado...

8. Referências

ALVIM, José Manoel Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. I.

ALVIM, Thereza Arruda. “A tutela específica do art. 461, do CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 80, 1995.

⁶² TRF4, AI 5064340-20.2017.4.04.0000; 5046310-34.2017.4.04.0000; 5048583-83.2017.4.04.0000, entre outras.

⁶³ TRF4, AI 5022712-51.2017.404.0000; AI 5047451-25.2016.404.0000, entre outras.

⁶⁴ TRF4, AI 5067604-45.2017.4.04.0000, AI 0028699-03.2010.404.0000, entre outras, que afirmam haver presunção absoluta de que devolução de imposto de renda é impenhorável.

- ANCHIETA, Natascha Anchieta; RAATZ, Igor. “Da capacidade de invenção dos juristas brasileiros e o fenômeno da transformação das ações condenatórias em mandamentais: ou o que Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva diriam a respeito das leituras (equivocadas) do art. 139, IV, do CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 276, fev. 2018.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. “A utilização da prisão civil como meio executório atípico”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. “Multa e medidas atípicas no mandado de segurança: um tema com variações”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- ASSIS, Araken. “Cabimento e adequação dos meios executórios atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BERALDO, Leonardo de Faria. “As medidas executivas atípicas contra o condômino inadimplente”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BOBBIO, Norberto. “Sanzione”. In: *Novissimo digesto italiano*. Turim: Utet, 1969, v. XVI.
- BRANCO, Janaina Soares Noletto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. “O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública?”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BUCCI, Alberto e Soldi, Anna Maria. *Le nuove riforme del processo civile*. Pádua: Cedam, 2009.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “As novas tendências da atuação judicial”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAETANO, Marcelo Miranda. “A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal – o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe Camargo. “O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil* (trad. S. Sentís Melendo, da 5ª ed. italiana). Buenos Aires: El Foro, 1997.

CARPI, Federico e Taruffo, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 6. ed. Pádua: Cedam, 2009.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CHABAS, François; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: t. II, v. 1 - Obligations: théorie générale*, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998 (9. ed. atualiz. por F. Chabas - 4ª e 5. ed. atualiz. por Michel de Juglart).

- CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; SORABJI, John; STÜRNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO Vincenzo. *Civil Litigation in Comparative Context*. 2. ed. St. Paul: West Academic Pub., 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV.
- DELLE DONE, Clarice. “L’introduzione dell’esecuzione indireta nell’ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo”. In: CAPPONI, Bruno (coord.). *L’esecuzione processuale indiretta*. Milão: Ipsoa, 2011.
- Denti, Vittorio. *L’esecuzione forzata in forma specifica*. Milão: Giuffrè, 1953.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1.º, CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DUARTE, Francisco Carlos. “Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 70, 1993.
- EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. “A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FLORES, Fábio Pereira; PINEHIRO NETO, Pedro Bentes. “Medidas executivas atípicas: um breve diálogo com as *injunctio*ns na legislação dos Estados da Califórnia e Nova Iorque”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

- FORTIERI, Anna. “Esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare”. In: ARIETA, G.; DE SANTIS, F.; DIDONE, A. (coord.). *Codice comentato delle esecuzioni civili*. Milão: Utet, 2016.
- FREITAS, José Lebre de. *Direito processual civil*. 2. ed. Lisboa: Vega, s.d.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRECO, Leonardo. “Coações indiretas na execução pecuniária”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GRINGS, Maria Gabriela. “Medidas judiciais e ambiente digital”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, 1995.
- INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 13. ed. Nova York: Oxford University Press, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. (trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960). Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LEMOS, Vinícius Silva. “A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. (atual. por J. Munhoz de Mello). São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. VI.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. V.
- MARSH, Stephen e ANDOH, Benjamin. *Civil remedies*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- MAZZEI, Rodrigo; ROSADO, Marcelo da Rocha. “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, 2015.
- MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1989.
- MINAMI, Marcos Youji. “Tradição jurídica e efetivação das decisões judiciais: repercussões da tradição *civil law* a efetivação das decisões no direito brasileiro”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- Montero Aroca, Juan. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
- MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2. ed. Turim: Utet, 1994 (v. XIV, t. IV, do *Trattato di diritto civile italiano*, fundado por F. Vassali).
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Turim: Giappichelli, 1995.
- MOREIRA, José Carlos. “Tutela específica do credor nas obrigações negativas” *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MURRAY, Peter e STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”, em *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, 2017.

OAKLEY, John B. e AMAR, Vikram D. *American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009

OSBORNE, Craig. *Civil litigation (2001/2002)*. 9. ed. Londres: Blackstone Press, 2001.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura Peixoto; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão Soares; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. “Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público: aplicabilidade e limites”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Rafael Caselli. “Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. *Procédures civiles d'exécution*. Paris: Dalloz, 2000.

PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. “Por uma teoria das medidas executivas atípicas: limites para a concessão”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PROTO PISANI, Andrea. “Quattro brevi lezioni sul processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 4-5, 2016.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

RODOVALHO, Thiago. “O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC art. 139 inc. IV (atipicidade dos meios executivos)”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. “O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? De carteira de motorista?”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. “Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015?”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*. Nápoles: Jovene, 1949.
- SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator *shylockiano* do art. 139, IV, CPC”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2. ed. (2ª reimp.).Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- STARCK, Boris; BOYER, Laurent; ROLAND, Henri. *Obligations: t. 3 - Régime général*, 5. ed. Paris: Litec, 1997.
- SUSART, Leonardo Valverde. “Atipicidade executiva e créditos trabalhistas: dessacralização do princípio dispositivo e instrumentos de gestão processual cooperativa”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- TALAMINI, Eduardo. “‘Penhora online’ no CPC/2015”. *Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados*, Curitiba, n. 120, fev. 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE120/IE120-Eduardo-Penhora-online.pdf>.
- TALAMINI, Eduardo. “Ainda sobre a prisão como ‘execução indireta’: a criminalização da desobediência a ordens judiciais”. In: ALVIM, Teresa Arruda; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2.

- TALAMINI, Eduardo. “Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado”. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; TESHEINER, José Maria Rosa (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Prof. Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. “Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n.º 8.884/94)”. In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Procedimentos Especiais Cíveis - Legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp”. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016; In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- TALAMINI, Eduardo. “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ (a garantia do art. 50, LXVII, da Constituição Federal)”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: execução*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 15. ed. São Paulo: Leud, 1991.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. “A jurisdição sob o prisma da tutela efetiva dos direitos e sua relação com a atipicidade dos meios executivos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

- VENTURA, Nicola. “L’esecuzione in forma specifica”. In: MICCOLIS, Giuseppe; PERAGO, Carmela (coord.). *L’esecuzione forzata riformata*. Turim: Giappichelli, 2009.
- VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. “Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do Estado Democrático de Direito”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- VINCRE, Simonetta. “Le misure coercitive ex art. 614-bis CPC dopo la riforma del 2015”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, 2017.
- VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- Vullo, Enzo. *L’attuazione dei provvedimenti cautelari*. Turim: Giappichelli, 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. “Da obrigação de fazer”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al* (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. “O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

Processo estrutural e litigância de interesse público

Dierle Nunes¹

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia²

Renata Gomes³

Rafaela Assis⁴

1. Introdução

Após a derrota dos projetos autoritários do século XX, emergiu, vitoriosa a ideologia do Constitucionalismo democrático que conjuga a ideia da limitação do poder Estatal pelos direitos e garantias fundamentais, com a emersão da soberania popular no espaço decisório traduzida pela vontade da maioria, bem como embasa uma organização social que preza a coexistência de cidadãos livres e com direitos iguais (BARROSO, 2012, p.25).

Nesse contexto, a Constituição de 1988 adotou como seu objetivo a consolidação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais e individuais. Porém, o Estado, desaparelhado para cumprir com tal objetivo, não foi capaz de elaborar e efetivar políticas públicas que direcionassem a prestação de serviços para tal fim. Dessa forma, surgiu um problema de acesso à justiça, não como o acesso ao judiciário institucionalizado,

¹ Doutor em Direito pela PUC-Minas. Professor Adjunto na UFMG e PUC-Minas. Advogado.

² Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. Advogado.

³ Mestranda em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Professora. Endereço eletrônico: renatagomes@fdsm.edu.br.

⁴ Advogada graduada em Direito pela UFMG.

mas como a impossibilidade de que os cidadãos tenham acesso aos direitos que lhes foram garantidos constitucionalmente.

Tal falha política desencadeou a judicialização de diversas questões, criando demandas judiciais em larga escala, sobrecarregando a, também parca, estrutura judiciária.

O Processo Civil foi criado e durante muito tempo foi instrumento para resolver demandas de índole privada (NUNES et al, 2013, p. 34). Porém, passou a possuir utilidade para a obtenção e efetivação de direitos fundamentais desenvolvendo uma índole de direito público. Em alguns países, como a Índia, o Chile e os Estados Unidos, o Processo Civil desempenhou um papel de garantir acesso à justiça em seu sentido mais intrínseco, possibilitando o acesso à efetivação do Direito.

Fundações e ONG's espalhadas pelo mundo realizam o trabalho de “litigância de ação social” ou “advocacia de causa social”⁵. Estes grupos procuram usar os tribunais a fim de auxiliar na produção de mudanças políticas sistemáticas na sociedade em favor de indivíduos que são membros de grupos sub-representados e desprivilegiados – mulheres, pessoas de baixa renda, grupos étnicos, minorias religiosas e minorias sexuais. Com o fim do Estado de Bem-Estar Social no final do século passado vem ocorrendo um redesenho do Estado, que oscila entre um retraimento de viés “neoliberal” e uma versão democrática conhecida como Estado Democrático de Direito.

De qualquer forma, os direitos fundamentais, desde então, passam a ser concebidos não mais como limites do Estado (como

⁵ Observa Davigno que a nova configuração da “cidadania” possuiria duas dimensões: a emergência de movimentos sociais (e sua luta pelo reconhecimento tanto da igualdade quanto da diferença) e a ênfases crescente na construção da democracia. “A nova noção de cidadania expressa o estatuto teórico e político que assumiu a questão da democracia em todo o mundo, especialmente a partir da crise do socialismo real” (DAVIGNO, 1995, p. 104). A autora mostra que a cidadania (autonomia pública) é algo construído historicamente; como exemplo dessa nova atuação cidadã, aponta o funcionamento dos Conselhos Populares como espaços (públicos) onde o conflito, ao invés de ser tido como algo “ruim”, ao contrário, é tratado como elemento *necessário, legítimo e irredutível*, já que o Direito está sob constante reinterpretação, devido ao debate constante e aberto (idem, p. 114-115).

no Estado Liberal clássico) nem como prestações unilaterais do Estado (como no *Welfare State*). Mecanismos de busca pelos direitos se ampliam ou são criados novos (como o Mandado de Segurança Individual e sua versão Coletiva, o Mandado de Injunção, o *Habeas Data*, ação popular, ação civil pública, ações civis coletivas do CDC, etc.). Além disso, os próprios direitos fundamentais se transformam já não sendo concebidos apenas como direitos individuais ou coletivos/sociais: passam também a ser concebidos como direitos difusos – e é principalmente quanto a estes (ou, quanto à consideração dos direitos fundamentais sob tal viés) que a atuação de ONG's será decisiva para a transformação do Processo Civil; de forma que a “ativação” dos direitos fundamentais é colocada em corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil organizada⁶.

É dessa possibilidade de alcance do Processo Civil e da litigância contra a ineficiência do Estado que se trata este trabalho.

2. A litigância de interesse público

2.1 Modelo experimentalista de Sabel e Simon

Em 2004, Charles Sabel e William Simon publicaram o artigo intitulado “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, em que apresentaram um modelo aproximado da leitura Chayesiana, como uma alternativa para a compreensão do

⁶ “A proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos que o sucederam. Defende-se que o reconhecimento dos direitos individuais representou um avanço para a época; que a busca por sua materialização é importante; mas se percebe que, se o mero reconhecimento formal não é suficiente para garantir a autonomia privada dos cidadãos, sua materialização pura e simplesmente em direitos “sociais” (ou até as sofisticadas representadas pelos novos direitos “difusos”) não garante a construção de uma autonomia pública plena (...). Somente através de espaços de discussão pública, formais ou não, em que se assegure igual participação de diferentes grupos, agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades. Cidadania é um processo (de participação política) e, tal qual a democracia, um aprendizado. Não há pré-requisitos para a cidadania” (BAHIA, 2004, p. 315).

desenvolvimento e das mudanças do sistema legal norte-americano (SABEL/SIMON, 2004).

A perspectiva do experimentalismo propostas pelos professores de Harvard Sabel e Simon combina normas mais flexíveis e provisionais com procedimentos para a participação das partes e supervisão das medidas adotadas, além de permitir a revisão de tais medidas a fim de torná-las mais adequadas, caso se mostrem insuficientes. Na maioria dos casos, as decisões expressam objetivos que as partes pretendem alcançar, ao mesmo tempo em que, especifica parâmetros e procedimentos para monitorar a performance das instituições atingidas pela decisão. O desempenho das instituições é medido em relação à expectativas das partes, bem como em comparação às demais instituições.

Essa perspectiva institucionaliza um processo de constante aprendizado e aprimoramento das decisões. A regulação por meio do experimentalismo é característica de uma administração governamental diversificada e multidisciplinar, tornando o processo decisório em um Tribunal muito menos hierarquizado (pelo poder do juiz) e mais aberto, permitindo a colaboração mesmo de pessoas que não compõem a lide, a fim de se buscar uma solução mais ajustada e legítima ao problema de ordem pública (SABEL/SIMON, 2004, p. 1019).

Nesse caso, ao mesmo tempo em que os poderes do juiz diminuem, ele se torna mais envolvido na reconstrução das instituições públicas, tendo em vista que não haverá uma decisão tomada apenas pela sua atuação (solitária e centralizada), mas o resultado da decisão será construído em conjunto, determinado pela conjunção das partes e assistentes envolvidas no processo.

As cortes se tornam mais envolvidas porque a perspectiva experimentalista contempla um processo contínuo de participação e auto-revisão mais do que a atuação singular do juiz. Por outro lado, as cortes se envolvem menos no litígio uma vez que a responsabilidade pelo resultado do julgamento não é mais apenas do juiz, mas dos atores que contribuíram para a composição da

solução encontrada, de modo que, ao menos a capacidade de ingerência da corte e o risco para a legitimidade política da decisão são menores (SABEL/SIMON, 2004, p. 1020).

A perspectiva experimentalista de solução de litígios interpreta a litigância de interesse público como uma instância nuclear dos chamados “destabilization rights”⁷, que são ações propostas para destrinchar e abrir instituições públicas que têm falhado cronicamente em cumprir suas obrigações e que permaneceram substancialmente imunes às medidas políticas tradicionais.

O efeito inicial da intervenção dos tribunais nessas questões institucionais é desestabilizar as expectativas das partes, tendo em vista as possibilidades políticas, cognitivas e psicológicas da colaboração experimentalista. O regime de padrões e monitoramento, que geralmente é o resultado do litígio, permite essa desestabilização e o conhecimento que a cooperação entre partes produz, para continuar com as mudanças almejadas.

Esse efeito de desestabilizar assegura os direitos dos cidadãos ao romper a estrutura interna das instituições permitindo que a hierarquia tradicional entre administração e administrados seja quebrada em prol de uma solução judicial que se aproxima muito mais de uma composição do que de um litígio, tendo em vista o interesse público e os direitos coletivos em pauta nos litígios de interesse público.

Os litígios de “destabilization rights” se desdobram em dois momentos. Primeiro, a declaração da responsabilidade pelo direito violado constante do objeto da lide; depois a tentativa de negociação e determinação de medidas experimentalistas de reparação não apenas daquele dano, mas de toda a política

⁷ Ou direitos de desestabilização. Os “Destabilization Rights” tratam de uma espécie de revisão das instituições da Administração Pública através do judiciário. Ações são propostas a fim de desestabilizar o funcionamento de determinadas instituições que prejudicam os administrados por falharem cronicamente em suas funções, de modo que tais ações desencadearão medidas para diagnóstico dos problemas e reestruturação através de ordens e monitoramento judicial.

institucional daquele organismo estatal que causou o dano, por problemas crônicos em seu funcionamento. Há que se ressaltar, que as determinações que surgem desse tipo de litígio são contínuas, programáticas e intensamente monitoradas até a assunção dos objetivos almejados.

Nesse caso, as negociações cumprem um papel fundamental, sendo que não apenas as partes figuram como atores na busca pela melhor solução, mas também é possível a participação de agentes extrajudiciais como peritos, mediadores, outros juízes, líderes comunitários, experts em geral e juristas. Ao final dessas negociações, busca-se, a partir da apresentação das razões das partes, um consenso procedimental que beneficie não apenas os envolvidos, mas toda coletividade envolvida em atos de violação de direitos, de modo a encontrar uma resposta que reestruture e reorganize a instituição pública em litígio, evitando posteriores danos a outros cidadãos.

Ainda que o consenso não seja atingido, os padrões de diálogo adotados em tal modelo de litígio, entre as partes, mediadores, assistentes extrajudiciais e o juiz, contribuem para uma melhor solução para a reparação dos danos.

Sendo assim, por vários motivos o modelo experimentalista é mais adequado para dar resposta aos litígios de interesse público. Inicialmente porque o fato das determinações judiciais serem programáticas abre a possibilidade de revisão das medidas adotadas ao contrário da rigidez do comando-e-controle de Chayes. Ademais, o fato dos agentes administrativos estarem presentes na construção da lide e participarem da geração das soluções mais adequadas, torna aquela medida final adotada mais facilmente executável por tais agentes, que em geral, terão mais compromisso com o cumprimento das determinações. Ainda, a publicidade dos diálogos que envolvem a solução do litígio de interesse público, podem mover os cidadãos a participarem mais do processo decisório e contribuir mais ativamente na fiscalização das organizações públicas.

3. A estrutura processual brasileira e algumas experiências de litigância de interesse público

Após o fim do regime ditatorial no Brasil, a Constituição de 1988 introduziu em definitivo o movimento de Constitucionalização do Direito no Brasil, tornando o Texto Maior, não mais um devaneio de direitos programáticos e indisponíveis, mas sim um conjunto de direitos e garantias fundamentais palpáveis, dotados de força e normatividade.

Nesse contexto de transição, a jovem Democracia Constitucional brasileira ainda vacila e coloca à prova os poderes do Estado, de modo que, em semelhança a alguns dos exemplos de litigância de interesse público trazidos acima, os cidadãos brasileiros também precisaram de recorrer ao judiciário para obter direitos básicos, garantidos pela Constituição, que os poderes responsáveis não foram capazes de prover.

Sendo assim, faz-se necessário analisar o perfil dessas demandas, verificar as falhas governamentais e institucionais que desencadearam tais litígios, bem como averiguar o tratamento dado a essas questões pelo judiciário nacional, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, o guardião do texto Constitucional.

3.1. Panorama das demandas judiciais no país

Em relatório divulgado pelo CNJ no início de 2012, referente às ações ajuizadas entre janeiro e outubro de 2011, ficou clara a preponderância de litígios contra ou promovidos pelo Estado no sistema jurídico Brasileiro. Tal relatório aponta que o Setor público Federal é responsável por 12,14% dos litígios totais do Brasil, bem como 83,19% dos litígios que tramitam na Justiça Federal, sendo que o INSS é o maior litigante das Justiças Estadual e Federal, tratando-se de litígios de Primeiro Grau. A Fazenda Nacional e os

Estados em geral também são importantes atores no sistema judicial brasileiro.

Nos litígios que envolvem os Setores Públicos Estadual e Federal, responsáveis pela efetivação da maioria das políticas públicas, os processos em que esses entes figuram no polo passivo superam o ativo, sendo que dos 7,5% dos processos em que o Setor Público Federal litiga, 2,2% representam aqueles em que este ente figura no polo ativo, sendo que nos outros 5,3% o Setor público Federal litiga como polo passivo. O mesmo ocorre com o setor público Estadual, que representa 4,3% de todas as demandas do país, sendo que apenas 1,8% representam polo ativo e 2,5% polo passivo (CNJ, 2012).

Os seguintes gráficos, retirados de Relatório do CNJ divulgado em março de 2012, demonstram um panorama geral das ações das justiças estadual, federal e do trabalho, dividindo os processos ajuizados entre polo ativo e passivo, demonstrando que os Setores Públicos Federal e Estadual não apenas estão entre a lista dos maiores litigantes do país, como são mais demandados do que demandam.



Listando-se os 10 maiores litigantes do ano de 2011, percebe-se que setores do Estado estão sempre entre os atores mais frequentes das justiças Estadual, Federal e do Trabalho, como se depreende da tabela abaixo, com ênfase para as questões previdenciárias, visto que além de ser o campeão de litigância nos

juizados especiais, o INSS também representa grande parte dos litígios da justiça não especializada de 1º grau.

Ordem	Com Maiores Litigantes no 1º Grau							
	Consolidado das três Justiças		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	4,38%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	3,09%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	34,35%	CNA - CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL	0,72%
2	B.V. FINANCEIRA S/A	1,51%	B.V. FINANCEIRA S/A	2,04%	FAZENDA NACIONAL	12,89%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	0,54%
3	MUNICÍPIO DE MANAUS	1,32%	MUNICÍPIO DE MANAUS	1,79%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	12,71%	UNIÃO	0,55%
4	FAZENDA NACIONAL	1,20%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,57%	UNIÃO	11,51%	PETROBRAS - PETROLIO BRASILEIRO S/A	0,47%
5	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,17%	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	1,53%	ADVOGACIA GERAL DA UNIÃO	2,51%	EBCT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS	0,36%
6	UNIÃO	1,16%	BANCO BRADESCO S/A	1,28%	RECEITA FEDERAL DO BRASIL	1,20%	BANCO BRADESCO S/A	0,31%
7	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	1,13%	BANCO ITALCARD S/A	1,13%	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS	1,19%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	0,28%
8	BANCO BRADESCO S/A	0,99%	BANCO ITAÚ S/A	1,07%	OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	1,02%	VALE S/A	0,26%
9	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	0,95%	AYMORE CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A	1,06%	INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL	0,89%	BANCO DO BRASIL S/A	0,25%
10	BANCO ITALCARD S/A	0,85%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	1,21%	CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE	0,71%	FAZENDA NACIONAL	0,24%

Outro relatório divulgado pelo CNJ em 2011 sobre “Demandas Repetitivas e Morosidade” aponta que os principais problemas que causam a litigância em matéria previdenciária são: o excesso e a complexidade das instruções normativas dos órgãos do Ministério da Previdência, causando problemas de interpretação das Resoluções e consequentes litígios; a falta de tentativa de conciliação; e falta de uniformização jurisprudencial consoante a matéria previdenciária, abrindo espaço para discussão judicial das controvérsias jurisprudenciais (CNJ, 2011).

Grande parte dessa demanda contra o Estado deflui da violação de direitos pelo setor público ou da regulamentação deficiente da legislação existente, gerando “zonas cinzentas” de direitos controversos que podem gerar uma aparente violação a direitos.

Parte desse litígio contra o Estado trata, materialmente, de Litigância de Interesse Público, abrangendo diversas temáticas como a já apontada questão previdenciária, reivindicação de servidores públicos, fornecimento de medicamentos, moradia, questão fundiária, entre outras.

Os desafios enfrentados pelo Brasil em matéria de Litigância de Interesse Público possuem discrepâncias e semelhanças em relação à realidade dos outros países aqui apresentados.

Como exemplo de divergência apresenta-se a litigância de interesse público na Índia, onde o acesso à justiça ainda é uma questão muito séria, demandando o ativismo e a jurisdição epistolar a fim de reduzir o abismo que há entre grande parte da população e o judiciário.

Já no Brasil a situação de acesso à justiça é diverso do indiano, sendo que desde a redemocratização do país e a previsão de ‘acesso’ na Constituição, o número de litígios propostos, sobremaneira litígios contra o Estado, apresentou um crescimento exponencial, sendo que continua aumentando a quantidade da população que aciona o judiciário.

Ocorre que em face das deficiências do sistema de assistência jurídica aos pobres e do descumprimento de direitos fundamentais, o acesso à justiça no Brasil ainda se encontra muito longe do ideal apesar dos números alarmantes e das já altíssimas taxas de congestionamento judicial.

Ademais, atualmente diversos fatores contribuem para o aumento da litigiosidade, entre eles a confiança do brasileiro nas instituições destinadas à promoção da justiça que nos mostra que perante a existência de conflito o brasileiro busca solução judicial e encontra acesso ao judiciário (CNJ, 2011b).

Não obstante os índices de busca de soluções judiciais sejam consideráveis, segundo relatório do CNJ, ainda existem minorias que diante de um conflito não acessam a justiça ou outra forma de resolução de conflitos por falta de conhecimento, por falta de recursos financeiros ou devido a baixa escolaridade.

Desse modo, mesmo que o acesso à justiça não se assemelhe ao grande problema enfrentado na Índia, o fato de haver defensorias públicas, núcleos privados de atendimento gratuito e isenção de custas judiciais, tudo isso ainda não impede que o

acesso à justiça tenha custos e impeça parcela da população de acionar o judiciário⁸.

Como exemplo de semelhança entre os países apresentados, está o fato de que no Brasil, assim como na Argentina **não há uma organização e comprometimento** do Judiciário ou da sociedade civil em torno das questões de Litigância de Interesse Público, envolvendo litígios sobre a violação de direitos ou de garantias fundamentais.

No Brasil existe a Litigância de Interesse Público, porém, falta mobilização específica para litígios dessa natureza por parte do judiciário e das diversas entidades que poderiam se organizar melhor para solucionar tais litígios, sendo que os processos de interesse público⁹ são tratados como quaisquer outros litígios, resolvendo-se judicialmente o caso e não o problema sistêmico. Na atualidade a ciência processual precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente (efetividade normativa), com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam *v.g.* procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, Associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; e c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009”. Departamento de Pesquisas Judiciárias, CNJ: 2011.p 15

⁹ O interesse público aqui não tem o sentido de um interesse superior da Administração sobre o particular, como defende parte da doutrina Administrativista, mas sim o interesse e o dever que o Estado tem de cumprir os objetivos do Estado e as determinações da Constituição, protegendo direitos e garantias fundamentais em prol da coletividade. Sobre o debate acerca da configuração do “interesse público” no Estado Democrático de Direito ver: BAHIA, 2009.

especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa (MECHINI, 2007).

É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo.

A título exemplificativo, o tratamento das demandas repetitivas seguindo os moldes das demandas individuais gera inúmeros problemas, dos quais podemos citar pelo menos dois: I) abarrotamento dos juízos de demandas idênticas ou similares, com possível contraste de decisões e eventual tratamento diferenciado das partes em presença da mesma lesão; II) diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e eventuais.

O judiciário oferece uma contraprestação àquelas partes específicas e essas não se preocupam com uma mudança conjuntural das práticas estatais, sendo que ainda falta a uniformização jurisprudencial de diversas questões que evitariam litígios desnecessários e contribuiriam para mudanças efetivas.

Tal desorganização gera a proposição de inúmeras demandas repetitivas de casos idênticos, propostas separadamente perante o mesmo juízo, promovendo a expansão da advocacia massiva contenciosa e sobrecarregando a justiça com números ao invés de ocupá-la com a qualidade de uma ação coletiva bem feita, com ampla discussão e compromisso das partes com uma solução estrutural para os problemas apresentados.

E, em países como o Brasil, nos quais não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a litigância de interesse público (CAPONI, 2007) que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (*v.g.* contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.

Como já aqui tratado a Litigância de Interesse público tem diversas motivações ao redor do mundo. Nos Estados Unidos esse tipo de litigância inicialmente pretendia precipitar a mudança social; enquanto na Índia a motivação é pela efetivação dos direitos existentes e não cumpridos, além da defesa de uma minoria alijada do processo decisório; já na Nigéria há a busca por liberdades fundamentais e direitos básicos ainda violados pela longa tradição autoritária.

No Brasil os litígios de direito público são motivados pela crise das instituições e uma conseqüente compensação sistêmica sobre o judiciário. Tal crise consiste na deficiência do Poder Executivo em promover as políticas públicas necessárias para garantia de direitos fundamentais (THEODORO JR et al, 2010, p. 14) e na falta de agenda política do Legislativo que, por vezes, se esquiva de questões de alto impacto, recaindo sobre o poder judiciário o papel de decisão que deveria ser do Parlamento ou da Administração Pública.

A Constituição de 1988 consagra como direito fundamental o acesso amplo à justiça, de modo que, no quadro de tripartição dos poderes, quando qualquer um deles não cumpre seu papel constitucional, é faculdade dos cidadãos procurar resposta no poder judiciário.

Quando o poder executivo deixa de promover políticas públicas para garantir o acesso da população à moradia, educação, tratamento médico, medicamentos, saneamento, bem como diversos serviços e direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, inúmeros litígios são gerados para obtenção de tais direitos.

Um exemplo da falha do executivo é a emblemática judicialização da saúde (NUNES et al, 2013, p. 37), em que, por falta de políticas públicas adequadas de acesso a tratamentos médicos, medicamentos e um ambiente saudável, diversos cidadãos precisam procurar a justiça, literalmente para sobreviver,

dependendo de uma decisão judicial para que não pereçam pela inércia do poder executivo.

Do mesmo modo, parte das demandas que tramitam no Congresso Nacional a respeito de direitos fundamentais, sem resposta há muito tempo, coincidem com muitas das ações que têm sido levadas aos Tribunais (NUNES et al, 2013, p. 35), demonstrando que a ineficiência do legislativo também repercute na compensação sistêmica que leva ao judiciário funções que ultrapassam sua competência constitucional

Tal problema existe, porque no Brasil os partidos políticos em geral se esquivam de decidir temas polêmicos e de alta repercussão, de modo que o sistema político não vem sendo a principal via de formação das decisões do Estado, o que é uma afronta ao Estado Democrático, por pura ineficiência dos agentes políticos do país.

Exemplo disso são temas polêmicos que foram levados ao STF: o caso de aborto de anencéfalos (ADPF n.54) e o caso de união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADPF n.132 e ADIN n.4277), que quando foram levados ao legislativo, não culminaram em nenhuma decisão, de modo que o judiciário precisou de aplicar diretamente a Constituição à questão, sem contudo formar determinações legais gerais (NUNES et al, 2013, p. 36), visto que não é seu papel legislar, gerando apenas o precedente.

Não se trata aqui do judiciário usurpando as atribuições dos demais poderes, quebrando a divisão constitucional, mas sim os demais poderes falhando em efetivar o projeto constitucional de 1988, seja na falta de políticas públicas para consecução dos direitos fundamentais (THEODORO JR et al, 2010, p. 15), seja na omissão legislativa, de modo a compelir os cidadãos a buscarem alguma solução, que pelos diversos fatores aqui já abordados, recai sobre o judiciário.¹⁰

¹⁰Nesse sentido, decidiu o STF em sede de Agravo Regimental: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação civil pública. Meio ambiente. 3. Ausência de prequestionamento (súmulas 282 e 356). 4. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração

3.2. A experiência brasileira na Litigância de Interesse Público: Direito à Educação e à Saúde

Um bom exemplo de Litigância de Interesse público no Brasil, de modo organizado e com objetivos sérios de promoção geral da educação, é o caso das ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo.

O caso trata da articulação de diversas organizações (Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo, Casa dos Meninos, Instituto de Cidadania Padre Josimo, Instituto Lidas, Fórum Jardim Irene e Associação Internacional de Interesses a Humanidade JD. Emilio Carlos e Irene), encabeçadas pelo *Movimento Creche Para Todos* e pela *Ação Educativa – Assessoria Pesquisa e Informação*, por meio do *Programa Ação na Justiça*(XIMENES/RIZZI, 2010).

A Ação Educativa é uma ONG que atua na promoção da educação e criou em 2004 o programa Ação na Justiça que pretende: judicializar o direito à educação como um direito humano, aprofundar a noção de exigibilidade jurídica do direito à educação, ampliação das garantias materiais, ampliação das garantias processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e engajamento de defensores populares em defesa da educação(XIMENES/RIZZI, 2010, p.2).

A Educação Infantil, ainda é um “tema de fronteira” do direito à educação, tendo em vista que foi previsto na Constituição de 1988, mas apenas há pouco tempo foi reconhecida pelo poder judiciário como sendo um direito exigível.

Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.STF, RE 563144 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013

O dever de oferecer educação infantil a partir das EC n. 14/1996 e n. 53/2006 passou a ser dos Municípios que receberiam recursos do Fundo de educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), proporcionais ao número de matrículas efetivadas(XIMENES/RIZZI, 2010, p. 5).

No entanto, o reconhecimento legal da exigibilidade de oferecimento de educação básica pelo Estado ainda não era unânime nos Tribunais que muitas vezes indeferiam os pedidos de acesso à educação básica sob o fundamento de que: (i) a Administração Pública não teria recursos para prover o direito à educação (reserva do possível); (ii) o princípio da separação dos poderes barraria a ação do judiciário no campo das políticas públicas; (iii) impossibilidade de concessão de pedidos genéricos, quando a ação coletiva requisitava que fosse matriculada toda a demanda em determinado prazo(XIMENES/RIZZI, 2010, p. 7).

Esse entendimento dos tribunais começou a ser alterado pelas decisões de 2005¹¹ em que o STF em favor de Recursos extraordinários do Ministério Público, ao contrapor o TJSP: (i) reconheceu a exigibilidade imediata do direito à educação infantil; (ii) declarou expressamente o papel do judiciário na determinação de acesso à educação sempre que houvesse omissão dos demais poderes; (iii) interpretou que a cláusula de reserva do possível só poderia ser alegada para impedir uma ação judicial no campo das políticas públicas quando houvesse comprovação objetiva por parte da Administração Pública de que todos os recursos possíveis foram empregados e que todas as medidas possíveis foram pelo menos tentadas; (iv) afastou a discricionariedade como argumento de que o Poder Público apenas ampliaria a oferta de vagas na educação infantil com base em sua oportunidade e conveniência(XIMENES/RIZZI, 2010, p. 7).

11 Paradigmática decisão do STF no agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP, do Ministério Público de SP contra o Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 22/11/2005.

O STF manteve o precedente em decisões posteriores¹², de modo que os Tribunais Estaduais também passaram a adotar o posicionamento do STF no sentido da uniformização jurisprudencial no país.

Porém, ainda com a legislação e o entendimento dos Tribunais, a cidade de São Paulo não cumpriu as metas de escolaridade infantil determinadas pelo Plano Nacional de Educação, que estipulava que em 2011 pelo menos 50 % da população em faixa etária de creches deveria estar matriculada, ou pelo menos deveria haver tal oferta de vagas. E, ainda que as vagas e consequentes matrículas tenham aumentado progressivamente, encontram-se longe da meta nacional(XIMENES/RIZZI, 2010, p. 10).

Tendo em vista o direito inequívoco ao acesso à educação infantil, bem como o descumprimento do Município de São Paulo de tal dever, o *Movimento Creche Para Todos* e a *Ação na Justiça*, em articulação com outras entidades, Defensorias Públicas e o Ministério Público fomentaram e ajuizaram Ações Cíveis Públicas e Mandados de Segurança perante a justiça estadual de São Paulo.

Ainda, tais movimentos contam com o apoio de advogados atuando diretamente perante o STF como *amici curiae* em processos de controle de constitucionalidade que têm como objeto a relação entre direitos humanos e direito à educação, como é o caso da ADI n. 4167, cujo objeto é o piso salarial dos profissionais de educação básica.

Além da atuação judicial o *Movimento* busca soluções perante os órgãos do Poder Público, propondo mobilizações sociais, cobrando resultados e informações sobre o aumento do acesso à educação, bem como realizando debates junto à Câmara Legislativa municipal. Ademais, o *Movimento* mantém um banco de cadastros atualizados da demanda por educação não atendida pela Prefeitura,

12 Re 463.210-Agr/SP (Rel. Min Carlos Velloso); RE 431.916-Agr/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence); RE 469.819AGR/SP (Rel. Min César Peluso); RE 465.66 AGR/SP (Rel. Min Marco Aurélio); RE 595595 Agr/SC (Rel. Min Eros Grau); RE 592.937 Agr/SC (Rel. Min. César Peluso); AI 592.075 Agr/SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski); RE 554.075 Agr/SC (Rel. Min. Cármen Lúcia).

o que identifica em quais áreas da cidade a oferta é mais escassa, ajuda a traçar estratégias de ação social, oferece base à estratégia judicial, além de dar publicidade à defasagem de vagas, fomentando a mobilização social em torno do acesso à educação.

Desse modo, nota-se que está caracterizada a Litigância de Interesse Público em torno do direito ao acesso à educação, organizado em torno dos movimentos sociais e ONGs em questão em parceria com o Ministério Público, defensoria Pública, além do apoio dos Tribunais, que têm obtido inúmeras vitórias com aumento de vagas na rede Municipal Paulistana, além da mobilização social, da publicidade do problema e o reconhecimento pelas autoridades e pelos Tribunais do status de Direito Fundamental imperativo ao direito à educação.

Questão também tormentosa, a judicialização da saúde, resulta, igualmente, em *hard cases* que desafiam os cânones tradicionais de solução dos casos. Sendo a saúde um direito fundamental, garantido pela Constituição (art. 6º), dever do Estado (art. 196) – e que, como tem aplicação imediata (art. 5º, §1º) – em qualquer uma das esferas da Federação¹³, vêm se avolumando ações judiciais em que se busca tal direito.

As ações têm causado grande discussão no meio jurídico em face, v.g., dos impactos que decisões individuais dadas nessas ações podem ter sobre o orçamento público e, logo, sobre a prestação global de saúde (além de casos de abusos e corrupção); além disso, há a grande discussão sobre os limites de atuação do Judiciário como “realizador de políticas públicas”¹⁴.

Diante disso, o STF teve oportunidade de tratar da matéria em decisão monocrática às STA 178 e 244: munido de dados

¹³ O STJ possui entendimento assentado no sentido de que a responsabilidade dos entes da Federação é solidária, de forma que ações objetivando o exercício da prestação à saúde podem ter como réu a União, Estados ou Municípios. Ver, e.g.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª. Turma, REsp. n. 325.337/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 21/06/2001. No STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no RE. n. 607.381/SC. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2011.

¹⁴ Tal temática está intimamente ligada com a questão da litigiosidade coletiva e repetitiva (serial) que vem clamando pela construção de uma dogmática própria. Cf. CUNHA, 1997; e NUNES, 2010.

trazidos por Audiência Pública realizada perante o Tribunal em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes procurou estabelecer parâmetros para a questão: “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Segundo o Ministro, verifica-se que, na maior parte dos casos submetidos ao Judiciário, o SUS já possui políticas públicas referentes ao que é pleiteado, logo, a questão estaria na omissão ou má prestação de protocolos já estabelecidos (e não de interferência judicial quanto à *discricionariedade* da Administração Pública) frente a um direito líquido e certo do administrado. Outra é a situação quando “a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS”, pois que aí o Judiciário deve avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação”¹⁵ (o que pode acontecer, e.g., quando certo remédio pleiteado não é reconhecido pela ANVISA, quando, salvo casos excepcionais, não pode o Estado ser compelido à prestação). Assim, o “segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”¹⁶.

A decisão ultrapassa os limites impostos em manifestação anterior do STF na ADPF 45 na qual o Ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial a análise da “reserva do possível”, do “mínimo existencial” e do “princípio da proporcionalidade”.¹⁷ O julgado do Ministro Gilmar começa a perceber a necessidade de se “processualizar” a saúde, uma vez que exige a discussão das nuances do caso numa estrutura processual-constitucional:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04.

clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁸

Para além das dificuldades no que tange ao orçamento ou às opções de políticas públicas (já que as demandas serão sempre maiores do que as possibilidades do Poder Público), a questão se torna ainda mais complexa quando o Judiciário decide sem tomar em consideração os argumentos de ambas as partes, como se o direito de um fosse algo absoluto e, por isso, fizesse com que qualquer outra questão não merecesse acolhida (ainda que para ser rebatida).

No REsp. n. 325.337 o Estado do Rio de Janeiro se insurgiu contra a condenação a custear medicamentos (para tratamento de pacientes com HIV) que não estavam previstos em lei federal (e em sua regulamentação) – alegava, pois, violação a literal disposição de lei. O Tribunal, ao decidir, afirmou:

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. (...) 4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade. 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09.

contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.¹⁹

Ora, como compatibilizar, juridicamente, a assertiva segundo a qual “[a] decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica [mas estão fora do que diz a lei], não padece de ilegalidade”? E mais, como transcrito: “A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público”.²⁰

Em sentido semelhante o STF entendeu que:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que (sic), uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.²¹

É certo que não se olvida que todos temos direito à saúde. No entanto, mais do que nunca, há que se construir entre nós, com

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª. Turma, REsp. n. 325.337/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 21/06/2001.

²⁰ Ou como o TJMG afirmou: “... não pode o Poder Judiciário, desde que acionado, deixar de obrigar o Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, a cumprir o seu dever constitucional de fornecer aos enfermos necessitados o tratamento adequado à sua patologia. (...) A matéria deve ser analisada sob o enfoque do disposto no artigo 196, da Constituição da República, que determina o acesso universal do cidadão à saúde, atribuindo referido encargo a todos os entes da Federação” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apel. Cív. n. 1.0384.12.002474-8/002, 6ª Câm. Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes. DJ. 01/02/2013).

²¹ STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no RE. n. 607.381/SC. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2011.

clareza, uma doutrina que estabeleça uma diferença entre ser detentor de um direito e as obrigações que dele advêm, pois, como mostra Canotilho, quando se trata de direitos prestacionais, da afirmação de um direito não decorre necessária e diretamente um dever do Estado. Quando se trata de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais há que se atentar para a particularidade de sua constituição a fim de se evitar o que Canotilho percebe como uma confusão entre “direitos sociais e políticos” e “políticas públicas de direitos sociais”. Quando o Judiciário tenta tornar “reais” os direitos sociais promovendo políticas públicas, mergulha em “nebulosas normativas”, já que, como dito, estes direitos, diferentemente dos direitos individuais, nem sempre implicam uma prestação correlata pelo Estado (CANOTILHO, 2008, p. 97).

Compreende-se, nesses termos, que uma abordagem jurisdicional tradicional, limitada à análise solitária pelo juiz de temáticas (especialmente de políticas públicas), sem um contraditório mais dinâmico e panorâmico, não possui o condão de analisar com menores riscos a imposição de comandos que inúmeras vezes terão pouca possibilidade de gerar impactos efetivos no auferimento de direitos fundamentais.

Ademais, uma hipótese a ser provada é a de se não seria possível que o magistrado, em diálogo com todos os interessados na medida estruturante (STRECK, NUNES, 2016), não poderia usar como suporte normativo o próprio regramento e planejamento utilizado pela Administração, com as devidas adequações, de modo a se evitar o trabalho decisório desprovido de controle ou levado a cabo sem qualquer embasamento e tendente a voluntarismos perniciosos e ineficientes.

Sendo assim, tais direitos seriam garantidos a partir da participação policêntrica e participativa dos sujeitos envolvidos na resolução da lide de interesse público, sem deixar de considerar que além da melhor decisão formada a partir de um processo construído democraticamente, o modo que se operará a execução

das decisões é fator essencial para garantir a efetividade das medidas.

4. Considerações finais

Muitas sociedades no mundo atual vivem uma transição entre regimes autoritários e regimes democráticos, com democracias relativamente jovens que são enraizadas em concepções de direitos humanos, no constitucionalismo e no Estado de Direito, sem, no entanto haver histórico de convívio com essa realidade, de modo que a efetivação dos direitos e garantias fundamentais é uma realização paulatina, de aprendizados e ainda, muitos erros cometidos pelo Estado em face da população. Nesse contexto a Litigância de Interesse Público é um instrumento essencial para divulgar abusos a direitos humanos, falhas do sistema político, exclusão de minorias e para fornecer proteção aos grupos marginalizados.

A Litigância de Interesse Público, como já abordado no texto, trata da organização da sociedade civil, do judiciário e das instituições de um país, reunindo esforços conjuntos em torno de uma solução judicial que realmente resolva aqueles problemas que não vêm sendo resolvidos pelas outras esferas de poder; aquelas questões em que há necessidade de mudança social, não há efetivação dos direitos garantidos legalmente, as leis são arbitrárias e há necessidade de mobilização judicial e política em torno dessa mudança, entre outros motivos.

Tal tipo de litígio tem o condão de oferecer judicialmente um ambiente contramajoritário que não pode ser oferecido àquelas minorias alijadas do processo decisório, além de se prestar na busca de correção de desigualdades sistêmicas e na efetivação dos Direitos Humanos.

Ainda que as ações judiciais não sejam vitoriosas, elas se prestam a divulgar a temática, concentrando a opinião pública em torno de uma questão que, através da mobilização social e da

atenção da mídia, possa ser solucionada, ou ainda, posteriormente, pela modificação do entendimento dos tribunais, ou mesmo sem intervenção judicial, em soluções políticas e administrativas do Estado.

Como visto, na Índia houve uma “virada ativista” em que o judiciário se comprometeu com a instalação do constitucionalismo e da tradição democrática, ampliando a possibilidade de litígios e decidindo sempre conforme a Constituição em interpretações que visavam incluir as minorias marginalizadas em um país tão desigual economicamente e politicamente como a Índia. Naquele contexto a valorização do papel do magistrado e amplos poderes ao judiciário foi importante dado o contexto de abandono que sofria a população.

Já no Brasil, as questões são levadas ao judiciário, muitas vezes aleatoriamente; outras vezes de modo organizado (como o caso da educação infantil), mas não há uma preponderância do papel do magistrado, pelo contrário, o judiciário não é procurado por ser a melhor via ou por ser conhecido pelo comprometimento com os objetivos da Constituição de 88, mas sim porque normalmente é a última solução quando o legislativo e o executivo não cumprem sua função e os cidadãos não recebem resposta alguma para seus problemas com o Estado.

Diferentemente do que ocorreu na Índia, no Brasil, o ativismo judicial não seria a resposta mais adequada à questão de Litigância de Interesse Público, mas sim, a cooperação entre as instituições e organizações da sociedade civil em torno de um objetivo coletivo de efetivação de direitos e garantias fundamentais para buscar soluções perante o Estado. Ou ainda, no caso das demandas que realmente não tiveram solução administrativa, a mesma cooperação, através da comparticipação e do policentrismo, em que todas as partes envolvidas no litígio de direito público, não estejam na verdade lutando por interesses contrapostos, mas em busca de uma solução equânime e razoável para um problema que é sistêmico, que é do país, e não apenas de alguns cidadãos.

Além disso, é necessário maior comprometimento das partes com a qualidade daquilo que está sendo peticionado ou decidido, pois como já dito é o interesse do Estado democrático de direito que está sob litígio.

Ressalte-se também que há outros mecanismos auxiliares da Litigância de Interesse Público que podem auxiliar o seu sucesso: a parceria com o Ministério Público em busca de diagnósticos de problemas e proposições de Ações Civil Públicas, fiscalização da atuação estatal através da proposição de Ações Populares, mobilização social e de organizações para pressionar atuação Estatal, participação efetiva dos cidadãos junto aos órgãos legislativos, entre outros.

É obvio que a melhor solução para tais questões não é a judicialização, mas o comprometimento do Estado na realização de políticas públicas que cumpram os objetivos Constitucionais, bem como a ação do legislativo em torno das questões polêmicas, buscando regulamentar toda a pauta necessária para a efetivação de um Estado Democrático de Direito. Na verdade, se todos os recursos gastos com o judiciário nas questões de Litigância de Interesse Público fossem transferidos de modo imperativo para a solução daqueles problemas que estão em litígio, o objeto de tais ações estaria perdido e os problemas constitucionais resolvidos.

No entanto, é imperativo notar que essa não é a realidade do Brasil. Almejar o ideal e não lidar com as questões existentes como se o país já houvesse alcançado o ideal, significa alijar milhares de cidadãos do processo decisório, de soluções para suas demandas, de efetivação dos seus direitos fundamentais, o que exatamente oposto de um país constitucional, de um Estado Democrático de Direito.

A relação entre litigância e mudança social é complexa e incremental, de modo que a litigância abrange apenas uma das muitas abordagens importantes para a reforma de um país, sendo que o Constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito são sistemas que exigem muitos esforços em variadas frentes, em

perspectiva a longo prazo, de modo que ainda que a Litigância de Interesse Público não seja a única resposta, ainda assim é um elemento essencial para a construção de um país comprometido com o que dispões sua Constituição.

5. Referências

- BAHIA, Alexandre Melo Franco. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CANOTILHO, J. J. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed.; SP: RT, 2008, p. 97 et. seq.
- CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. In: *Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovani Fabbrini*, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, CNJ: 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores Litigantes*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, CNJ: 2012.p.8
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 124-164, 1997.
- DAVIGNO, Evelina (org.). Os Movimentos Sociais e a Emergência de uma Nova Noção de Cidadania. In: DAVIGNO, Evelina. Anos 90: *Política e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MENCHINI, SERGIO. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In: *Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovani Fabbrini, junto da Università di Pisa*, 04 e 05 de maio 2007.

NUNES, Dierle et al. *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.35

NUNES, Dierle. *Novos rumos para as tutelas diferenciadas no Brasil?* In: THEODORO JUNIOR, Humberto (org). *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro, GZ editora, 2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; THEODORO, Humberto Júnior. *Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória*. *Revista de Processo*. v.189, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. *Harvard Law Review*, v.117, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?* – *Revista Consultor Jurídico*, 2016.

XIMENES, Salomão; RIZI, Ester. *Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo*. *Justiça e Direitos Humanos – Experiências de assessoria jurídica popular*, Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

**Ativismo da lei e da constituição na
tutela coletiva brasileira:
processos estruturais, processos complexos
e litígios de difusão irradiada**

Hermes Zaneti Jr.¹

1. O Processo Coletivo Estrutural como Espécie de “Processo de Interesse Público” (*Public Law Litigation*): Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

O processo coletivo estrutural é uma espécie do processo de interesse público. nestes casos as questões de fato e os direitos são complexos, exigem um contínuo esforço cooperativo. uma cooperação, como veremos, de todos que de qualquer forma atuem no processo *para* o processo (art. 6º, cpc). essa exigência se torna ainda mais intensa em processos complexos.

O caso do rio doce é um exemplo de processo complexo e de interesse público. é, ainda, um exemplo de litígio de difusão irradiada. a aparição de litígios que têm uma estrutura irradiada,

¹ Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Professor de Direito Processual Civil na graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da ABRAMPA, MPCON, IAPL, IIDP e IBDP. Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo - FPCC/UFES, atualmente o FPCC/UFES possui financiamento de pesquisa para o estudo do Caso do Desastre do Rio Doce concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e à Inovação do Estado do Espírito Santo - FAPES e está ligado à ProcNet-Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo, <http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>, acesso em 01.10.2018.

mostra como determinados fatos geram uma sucessão de ilícitos, agindo como uma pedra no lago, gerando ondas que se amplificam atingindo diversos grupos de interesses e direitos ao mesmo tempo, envolvendo instituições públicas e privadas. a compreensão de que este fato (ou sequência de fatos e eventos que decorreram do desastre do rio doce) é um litígio complexo, de interesse público e difusão irradiada gera diversos efeitos no procedimento. Exige um tratamento adequado do(s) conflito(s) que têm características muito distintas do que seria considerado tratamento adequado para casos individuais ou casos coletivos nos quais não se apresente a mesma complexidade em sentido amplo, entendida a complexidade fática e jurídica e a conflituosidade interna entre grupos e membros dos grupos.

Podemos desde logo indicar alguns elementos que a partir do princípio geral e dever geral de cooperação leal devem estar presentes no enfrentamento dessa situação litigiosa complexa. em primeiro lugar, através do gerenciamento e planejamento do caso (*case management*), com negócios processuais, calendarização do processo, protocolos institucionais, descentralização das atividades decisórias e criação de entidades de infraestrutura específica (*claimresolutionfacilities*); em segundo, para a definição dos fatos e das provas, partindo inicialmente das partes, mas sem excluir o órgão jurisdicional que também pode - e em alguns casos deve - atuar em matéria probatória, exigindo transparência em relação aos fatos, deveres de *disclosure* e *discovery* para as partes envolvidas no litígio (cartas na mesa); em terceiro, mediante a definição de um espaço de diálogo em que seja exercido o direito de influência e o dever de debates sobre as matérias de direito, fazendo com que o juiz discuta com as partes mesmo os casos que poderia decidir de ofício, saneando as questões processuais de forma compartilhada, privilegiando a oralidade para fins de deliberação e decisão sobre o andamento do processo, inclusive quando entenda controlar a homologação de autocomposição realizadas pelas partes ou estabelecer novas exigências do ponto de

vista da validade da autocomposição; quarto, mas não menos importante, um contínuo estímulo a autocomposição para encontrar as alternativas comuns de consenso sem a concessão do interesse público tutelado, permitindo a efetividade do ponto de vista pragmático sem a redução da qualidade da decisão, evitando recursos e a necessidade de execução.

Este trabalho irá enfrentar essas questões a partir da preocupação com o desenvolvimento de uma compreensão teórica que permita dar efetividade as técnicas processuais já existentes e melhorar a dogmática processual com vista ao reconhecimento das peculiaridades dos processos coletivos estruturantes como espécie de litígio de interesse público na qual soluções combinadas de tutela coletiva devem ser utilizadas para otimizar o fim do processo: a tutelas das pessoas e dos direitos, justa, adequada e efetiva, mediante o processo justo para a resolução do conflito.

1.1. Generalidades: processos estruturantes, processos coletivos e litígios de interesse público

Na “*nossa tradição jurídica atual o processo é um veículo para ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados*” (CHAYES: 1976, p. 1282),² com essas palavras Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard, inicia o desenho de um novo modelo de litigação: a litigação de interesse público (*publiclawlitigation*). Adotaremos aqui a sigla *LIP* (litigação de interesse público), proposta pela doutrina (SALLES:2003; NUNES;TEIXEIRA: 2013, p. 86 e ss).

A litigação de interesse público está intimamente ligada aos processos estruturais, assim entendidos aqueles em que o “caso”

².A distinção fundamental entre o modelo de compensação de danos (justiça reativa) e *injunctio*(justiça proativa) remete a diferença entre os tribunais de *common law equity* ocorrida na Inglaterra medieval até a primeira metade do século XX nos Estados Unidos da América do Norte (FISS; RESNIK: 2003, p. 26/32). Para uma crítica ao modelo de litigação tradicional em relação aos direitos coletivos, ver ainda, Jordão Violin (VIOLIN: 2013).

ou “litígio” afeta pessoas para além das partes envolvidas do ponto de vista jurídico, afetando-as em suas situações ou relações jurídicas, independentemente da efetividade da decisão no mundo dos fatos.

Há na doutrina quem defenda que os litígios estruturais devem ser pensados de uma perspectiva eminentemente jurídica (PUGA:). Os critérios relevantes para a conceituação dos processos ou litígios estruturantes são a) a definição/redefinição do conflito no momento da implementação das ordens regulativas por razões pragmáticas; b) a autorrestrrição das decisões por razões pragmáticas; c) a habilitação de soluções descentralizadas do conflito, como estratégia para a construção de uma regulação indutiva, pensada conjuntamente pelos principais atores do conflito. Como se nota o pragmatismo é acentuado nessa conceituação. Por essa razão, Mariela Puga, seguindo essas premissas analíticas, afasta que tenham relevância classificatória outros elementos como a multiplicidade de atores, a necessidade de uma organização burocrática estatal, a menção a direitos econômicos, sociais e culturais e tutelas complexas.

Assim, não seriam *necessariamente* estruturais os processos inerentes aos litígios estratégicos, aos processos coletivos. Essa classificação tem vantagens. Evita, através dessa análise pragmática, a colonização de discursos políticos ou sociológicos, sem pretender por outro lado colonizar esses outros ramos do conhecimento a partir do direito (PUGA:2013, p. 10/11). Para este conceito é imprescindível compreender a *causalidade estrutural*, proposta pela autora, como a matriz de atribuição causal da qual emanam as lesões ou comportamentos ilícitos que atinjam para além dos envolvidos no litígio, sendo a situação ilícita reprovável pelo ordenamento. A mudança estrutural ocorrida quando a partir de um caso individual de violência em um distrito policial se reformam as práticas e os procedimentos da polícia como um todo é um exemplo pragmático de litígio estrutural iniciado em um processo individual. Muitas das ações que revolucionaram o

movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos começaram como processos individuais.

A proposta é interessante e não deve ser descartada, porém, a tese que iremos defender aqui é a de que os *processos coletivos*, pelo menos nas circunstâncias do Brasil, servem à *litigação de interesse público* (LIP), ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade e, quando presente a causalidade estrutural, servem também como *processos estruturais* para beneficiar pessoas e grupos além daquelas envolvidas no conflito.

Isso poderá ocorrer em ambas as espécies de processos coletivos, seja nos processos coletivos *opt out*, ações coletivas, nos quais o grupo é formado independentemente de qualquer participação do indivíduo (ex.: ação civil pública), seja nos processos coletivos *opt in*, casos repetitivos, nos quais o grupo é formado com a manifestação de interesse dos indivíduos tutelados (ex.: incidente de resolução de demandas repetitivas e recurso especial ou extraordinário repetitivo, art. 928, CPC, DIDIER JR.; ZANETI JR.: 2017).

Como se percebe a junção ou agregação de processos individuais resulta no reconhecimento de uma situação jurídica coletiva de interesse do grupo e, portanto, quando se percebem diversas ações sobre a mesma matéria e se constata a existência de casos repetitivos é possível pensar que em casos que se perceba a possibilidade de descentralização das decisões, redução da matéria de forma pragmática ou autocontenção do Poder Judiciário por razões pragmáticas, faz-se necessário um processo estrutural para resolver o conflito. Muito embora não sejam apenas os processos coletivos que podem gerar litígios estruturais há uma clara prevalência de processos estruturais com características de processos coletivos. Em razão disso, ressalvada a possibilidade de litígios estruturais começarem e se desenvolver como processos

individuais,³ parece muito útil tratar desses dois ambientes em comum como: processos coletivos estruturais.

Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, saúde, educação, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais polos dessas demandas, credor/devedor), como os das crianças e adolescentes, das pessoas institucionalizadas em hospitais e presídios, dos negros, dos índios, das mulheres, podem ser passíveis de serem veiculados como situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela. Isso se dá através de ações coletivas que permitam a tutela molecular de todo o grupo nas mesmas circunstâncias. Muito embora a coletivização das ações individuais tenha sido vetada no CPC/2015, subsiste o dispositivo que determina a comunicação aos órgãos colegitimados para que promovam a ação coletiva correspondente (art. 139, X, CPC). Isso resolveria um antigo dilema que diz respeito ao alcance da tutela quando apenas uma pessoa é beneficiada em detrimento de toda uma política pública, problema que é observado pela doutrina (ARENHART: 2015).

Fale-se em minorias, mas seria melhor deixar claro que essas minorias não são quantitativas, não há interesses “minoritários”, mas sim interesses e direitos “marginalizados”, já que muitas vezes estes estão representados em número de pessoas infinitamente superior aos interesses ditos “majoritários” na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.⁴ Os casos que estamos nos referindo, mesmo que iniciem como processos

³ Recentemente um caso limite teve julgamento pelo STF, RE 605.533/MG, no qual a ação coletiva se findava em uma situação de fato individual, mas havia pedido de coletivização da tutela. A coletivização da tutela individual foi proposta pelo novo CPC, mas vetada pelo Presidente da República, (DIDIER JR.; ZANETI JR.: 2015).

⁴ Este é o sentido “amplo” de litigação de interesse público bem identificado por SALLES: 2003, p. 39-77.

individuais, poderiam ser ampliados para admitir a tutela de todos aqueles que estivessem nas mesmas situações de fato e de direito, sem prejuízo da tutela individual.

Não nos referimos, assim, ao caráter eminentemente público, aliás ineliminável em seu caráter de fundo, do próprio Direito Processual Civil como instrumento de exercício do poder estatal e pacificação de conflitos, ou seja, ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal das normas – ainda que mitigado pelo respeito ao autorregramento da vontade (art. 190, CPC) e à tutela adequada dos direitos (arts. 4º e 6º, CPC).

1.2. *Judicial Review* em Defesa dos Direitos Coletivos

É possível ir além: a defesa do interesse público primário por meio de processos cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas, permite falar aqui de uma expansão da tradicional *judicial review* brasileira voltada ao controle dos atos da administração e da constitucionalidade das leis em casos individuais, para uma *judicial review* em defesa de direitos coletivos, permitindo o controle e a adequação dos atos da Administração Pública e do Poder Legislativo à luz do direito material coletivo, tutelando todos os membros do grupo, de forma indistinta⁵.

A LIP nesses casos visa a medidas estruturantes, postuladas por meio de ações coletivas ou certificadas em compromissos de ajustamento de conduta (acordo coletivo celebrado por órgão público legitimado à tutela coletiva) que permitam coordenar as atividades

⁵. Seguindo a linha defendida neste Curso, a doutrina tem destacado que as ações coletivas podem buscar, por meio de casos emblemáticos, fomentar alterações normativas, sociais ou de políticas públicas consideradas como um bom exemplo de litígio com clara função estratégica. Isso porque aquele que, tem nas ações coletivas um excelente ambiente para a promoção de discussões em torno dessas pautas; “quando bem utilizadas e selecionadas, as ações coletivas podem levar a mudanças sociais, efetivação de políticas públicas, e, também, a concreção a direitos fundamentais ou coletivos que não vem sendo reconhecidos” (VICENZI; ALVES: 2016, p. 225). Sobre o tema dos litígios com função estratégica; vale cf., ainda, CARDOSO: 2011; LOSEKANN; BISSOLI: 2017.

pela intervenção dos órgãos de garantia (Ministério Público e Poder Judiciário) até a satisfação integral da tutela do direito coletivo.

Como afirmou a doutrina:

A questão é ainda mais grave no campo da tutela coletiva. Nesse tipo de processo, pela peculiar interferência por ele gerada no âmbito econômico, político, social ou cultural, os problemas [...] são amplificados. Basta pensar no quão complexo é decidir uma ação coletiva que pretende o fornecimento de medicação a todo um grupo de pacientes, a construção de escolas ou de hospitais, ou a eliminação de certo cartel. (ARENHART: 2013, p. 389; VIOLIN: 2013, p. 23).

As decisões nestes casos podem ser estruturantes e delegar a atividade de cumprimento para entidades de infraestrutura específica (*claimresolutionfacilities*). A descentralização das decisões para entidades privadas ou mistas que sejam devidamente fiscalizadas pelo Poder Judiciário, com a atuação como instituição de garantia, se apresenta um caminho para a solução destes conflitos (CABRAL; ZANETI JR., 2018).

1.2. Interesse Público Primário e Interesse Público Secundário

Há uma distinção doutrinária importante para compreender a extensão e a intenção do termo “interesse público”. Como ficou bem marcado pela melhor doutrina de direito administrativo, o interesse público verdadeiro é o interesse primário, de acordo com o qual deverão atuar sempre os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O interesse público secundário, representado nos interesses imediatos da administração pública, jamais pode desenvolver-se fora deste quadro do interesse primário, quer dizer, devem guardar estrita consonância com o interesse público primário. E o interesse primário que confere legitimidade e fundamento constitutivo aos atos do Poder Público.

Na doutrina, transcrevendo a leitura de Renato Alessi (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*) assevera Celso Antônio Bandeira de Melo: “o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito [...] como exemplo de interesse *secundário* da administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público *primário* exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida” (MELLO, p. 603; ALESSI: 1953, p. 148-155).⁶

Os direitos coletivos *lato sensu* são direitos de interesse público primário quer em razão da dimensão do ilícito ou dano, quer em razão dos valores atrelados aos bens jurídicos tutelados ou do número de pessoas atingidas, extensão do grupo atingido (art. 5º, § 4º, LACP).

Quando falamos de interesse público primário falamos também de determinados interesses individuais especialmente tutelados como direitos fundamentais do cidadão. Essa perspectiva ampla inclui os direitos coletivos *lato sensu* e também os direitos individuais indisponíveis caracterizados como *interesses de ordem social e pública* pela legislação ou pela Constituição.

Essa parece ter sido a intenção do legislador brasileiro ao determinar que o Ministério Público, quando não é o autor das ações coletivas, atue continuamente como fiscal do ordenamento jurídico (*custos juris*) nos processos coletivos. Nestes casos o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica para garantia dos direitos fundamentais (ZANETI JR.: 2018, p. 149).

⁶ O STF tem reconhecido essa distinção fundamental (RE 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 1º. de fevereiro de 2006, Boletim Informativo nº 414; STF, RE 248.869/SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003).

A tese de que determinados direitos individuais devem ser compreendidos como direitos de interesse público foi defendida na doutrina e acolhida pelo Supremo Tribunal Federal: “Já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos mais além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo. [...] Num sentido *lato*, portanto, *até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é acometido ao MP*” (MAZZILLI: 2011; ZANETI JR.: 2016).

Trata-se, portanto, de reconhecer, mais uma vez, as diversas dimensões da democracia: política (votar e ser votado), civil (autonomia da vontade), liberal (direitos de liberdade) e social (direitos sociais), elementos inelimináveis do conceito de constituição no Estado Democrático (FERRAJOLI: 2007.p. 891).

Justamente porque a razão do interesse público não é só a tutela do grupo ou da coletividade não há uma supremacia abstrata, formal e independentemente do caso, do interesse público em relação ao interesse individual (ÁVILA: 2005). A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquele prevalecer sobre esse (ÁVILA: 2005, p. 202). A prevalência do interesse público é, apenas, “uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (*Kollisionspräferenzregel*)” (ÁVILA: 2005, p. 185).

2. A implementação e controle de políticas públicas por parte do poder judiciário

O Supremo Tribunal Federal tem permitido, em situações de extremada necessidade, a implementação de políticas públicas mediante intervenção direta do próprio Poder Judiciário; da mesma forma tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Essas

decisões são todas voltadas a implementar a legislação e em alguns casos a própria autoefetividade da Constituição. Não há ativismo judicial, mas ativismo da lei e da Constituição.

Isto ocorre, quer no atendimento de creches e a implementação da educação infantil pré-escolar, reconhecendo a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal e o dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, com a formação de precedente vinculante julgado em repercussão geral;⁷ quer no reconhecimento extraordinário de legitimação ao Ministério Público, com reconhecimento da repercussão geral quanto à legitimação do MP e sua reafirmação por uma série histórica de precedentes, sempre que os direitos individuais homogêneos forem caracterizados por relevância social,⁸ inclusive com a externalização em Enunciado da súmula do STF nº 643 “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegitimidade de reajuste de mensalidades escolares”;⁹ quer nas políticas públicas de saúde, com a determinação da impossibilidade de alegar a reserva do possível diante do mínimo existencial, tutela para manutenção da rede de assistência à saúde da criança e adolescente, entre outras tutelas do direito subjetivo à saúde.¹⁰

Para o STJ: “a reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável

⁷ AI 761908 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico Dje-155 Divulg 07-08-2012 Public 08-08-2012.

⁸ RE 605533 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01/04/2010, Dje-076 Divulg 29-04-2010 public 30-04-2010 ement vol.-02399-09 pp-02040 lexstf v. 32, n. 377, 2010, p. 243-246.

⁹ Mensalidades escolares, RE 605533 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01/04/2010, Dje-076 Divulg 29-04-2010 public 30-04-2010 ement vol.-02399-09 pp-02040 lexstf v. 32, n. 377, 2010, p. 243-246; seguro obrigatório para veículos automotores RE 631111, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, no qual são citados outros tantos casos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu no mesmo sentido.

¹⁰ ADPF 45 MC/DF, ARE 745745 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico Dje-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014.

que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes”.¹¹

No mesmo sentido, existem diversos acórdãos do STJ, em direito material e processual prevendo: a possibilidade do controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, sendo não oponível a reserva do possível quando diante do mínimo existencial, especialmente em direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde;¹²a determinação de bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial consistente em fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde;a determinação de internação em rede privada inexistindo vaga de UTI na rede pública;¹³o entendimento de que reconstrução do ordenamento jurídico pela interpretação pode ser utilizado, inclusive, para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito;¹⁴a possibilidade de

¹¹ REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012.

¹² REsp 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014.

¹³ AgRg no AREsp 36.394/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/04/2012.

¹⁴AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.427/CE.

diligenciar o juiz acerca dos bens do devedor mediante o BACEN JUD, tornando-se despiendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o dever do próprio juízo colaborar para a rápida prestação da justiça,¹⁵ para os casos em que a constrição implique em impenhorabilidade, caberá ao executado opor-se pela via própria em juízo; a permissão para que o julgador determine a produção de provas no processo quando estiver diante de perplexidade.¹⁶

Por fim, fechando este circuito meramente exemplificativo, podemos citar a determinação de implantação de plantão de 24 (vinte e quatro) horas em Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude. A decisão foi tomada diante de previsões expressas da Constituição Federal, do ECRIAD e das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, referidas como Regras de Beijing (Resolução ONU 40/33, de 29.11.85) e incorporadas às leis nacionais pelo Decreto n.º 99.710/1990. O Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho destacou em seu voto que: “*o exercício do poder discricionário encontra limites na lei, não podendo a Administração agir fora de suas disposições e previsões*. Na espécie, há efetivo descumprimento da obrigatoriedade da especialização da Polícia responsável pela apreensão e cautela do menor infrator. Se não total, ao menos parcial, para aqueles que são recolhidos fora do horário de expediente da repartição especial [...]. Conforme narra a exordial, a situação gera irregularidades extremamente indesejadas, com a indevida comunicação dos adolescentes apreendidos em flagrante com presos imputáveis, expondo-os a maus tratos e agressões físicas, em evidente descumprimento às regras básicas de proteção ao menor, previstas

¹⁵ REsp 666.419/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 247.

¹⁶ REsp 666.419/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 247.

no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA [...]. Veja-se, portanto, que não se está diante de uma escolha moralmente aceitável do Estado, mas de efetiva preterição de uma prioridade imposta pela Constituição Federal de 1988, e de uma conduta contrária à lei, nacional e internacional, constituindo hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração praticados com suporte no poder discricionário [...]. A jurisprudência da Suprema Corte, inclusive, firmou-se pela tese de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do Princípio da separação de Poderes” (ZANETI JR., 2017).

Este cenário não significa defender o ativismo judicial pernicioso, atividade realista e interventiva do Poder Judiciário para além de suas funções típicas, para além da lei e dos compromissos do ordenamento jurídico.

2.1. *Judicial Activism, Judicial Restraint* e Ativismo Judicial Seletivo e os Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes

Ao contrário, deve ser ressaltada a limitação do ativismo judicial (*judicial activism*) ao conteúdo da lei e da Constituição (*judicial restraint*).

É a função do Poder Judiciário que interpreta e aplica o direito para solução dos conflitos. Nos termos expostos pelo Min. Herman Benjamin: “No Brasil, ao contrário de outros países, *o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo*. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois *o ativismo é da lei e do texto constitucional*. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras

legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei”.¹⁷

Isto significa dizer que assumindo a postura interpretativa realista moderada e responsável, mesmo que seja reconhecido um dever de reconstrução do ordenamento jurídico ao julgador, não pode ele se eximir da responsabilidade de aplicar a lei e a Constituição.

A lição de Herman Benjamin precisa ser completada, diante do Código de Processo Civil brasileiro.

O Brasil adota, com o art. 927 e incisos do CPC, um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes; logo, para além da lei e da Constituição os juízes e tribunais estarão obrigados, normativamente, a seguir os precedentes-norma.¹⁸ São considerados precedentes-norma as decisões em controle de constitucionalidade concentrado, as súmulas vinculantes, as decisões em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos e incidente de assunção de competência, as teses consagradas em súmula do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional, além das decisões dos órgãos plenários e das cortes especiais às quais os juízes e tribunais estiverem vinculados (art. 927, incisos I, II, III, IV e V, CPC).

A regra passa a valer imediatamente, atingindo as decisões anteriores. Portanto, em matéria de políticas públicas e controle judicial aplica-se sobre os casos já julgados com potencial de formarem precedentes.

Por exemplo, apenas para mostrar o quanto isso afeta as matérias de interesse público. O STJ decidiu pela possibilidade de *bloqueio judicial de verbas públicas* nos casos de fornecimento de medicamentos. Como a questão foi decidida no regime dos

¹⁷ REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe 02/12/2009.

¹⁸ ZANETI JR.: 2017.

recursos repetitivos formou-se um precedente na matéria que deve ser observado por todos os juízes e tribunais, com força vinculante (art. 927, III, CPC). Presentes as circunstâncias fáticas do precedente, aplica-se os fundamentos determinantes dessa decisão a todos os casos. Foi aprovada a seguinte tese: “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar as medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”.¹⁹

Em outro caso, o STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que sejam realizadas obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, sua integridade física e moral. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul foi julgada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e reverteu entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendia que o Poder Judiciário não poderia adentrar matéria reservada à Administração Pública. O juiz de primeiro grau havia determinado a reforma do presídio em seis meses, pois o MPRS comprovava o risco de vida para os detentos, não só pelas condições degradantes, mas pela exposição à fiação elétrica e a possibilidade de choques que poderiam causar a morte dos apenados. A decisão aborda os direitos fundamentais como fundamento para reverter o quadro dos presídios brasileiros, nos quais mais de 600 mil presos encontram-se em situações degradantes. Ao final, o relator aponta a existência de recursos no Fundo Penitenciário Nacional, da ordem de 2,3 bilhões de reais, o que impediria qualquer argumento quanto à reserva do possível fática.

Foi então aprovada a seguinte tese de repercussão geral pelo Plenário do STF, Tema 220: “É lícito ao Judiciário impor à

¹⁹REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013 - art. 543-C do CPC/1973 c/c Res. 08/2009 do STJ.

Administração Pública obrigações de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.”.²⁰O precedente tem força vinculante (art. 927, V, CPC).

Evidentemente, o controle judicial de políticas públicas tem regras e não deve ser um cheque em branco passado ao órgão julgador para ele questionar políticas públicas exitosas fundadas em normas constitucionais e legais e as escolhas do administrador público que se coloquem dentro do espectro de decisão que lhe cabe. O risco do *ativismo judicial seletivo* (NUNES; TEIXEIRA: 2013), ou seja, o controle indevido de decisões judiciais sobre políticas públicas que implantam normas constitucionais e legais é um efeito colateral da possibilidade de controle das políticas públicas que deve ser combatido no direito brasileiro, mas que não infirma a necessidade de decisões judiciais para *implementação* de políticas públicas legais e constitucionais.

O ativismo judicial seletivo decorre de uma posição revanchista em relação às políticas públicas definidas na lei e na Constituição. Em especial, argumentam os autores: “Hoje parece inegável a relevância dos atores do Judiciário no contexto democrático vigente. Parte-se do pressuposto de que a judicialização indica e catalisa a formação de uma ‘cidadania ativa no âmbito da sociedade civil’, mas não deixa de *abrir a porta dos fundos para a subministração de uma racionalidade finalística*, própria da ação política, no campo do direito” (NUNES; TEIXEIRA: 2013, p. 89).

²⁰.RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-018 divulg 29-01-2016 public 01-02-2016.

A regra é que a atuação do Poder Judiciário se dê nestes casos quando há uma disfunção política, uma ofensa ao que Luigi Ferrajoli denominou margem do indecidível. Para Ferrajoli não é admissível em um ordenamento constitucional garantista, fundado em direitos fundamentais, que os poderes públicos ofendam às garantias constitucionais, nestes casos caberá ao Poder Judiciário (princípio da judiciabilidade) e aos órgãos legitimados (princípio da acionabilidade) atuar como instituições de garantia de segundo grau, para adequar o ser do direito ao dever ser constitucional e legal.

Portanto, não se trata de uma panaceia ou da atuação livre e ativista do juiz criativo, mas da própria garantia do ordenamento jurídico e daquilo que se reconheceu constituir uma integração entre as atividades do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. O STJ, por exemplo, negou a possibilidade de o Poder Judiciário servir de instrumento para a reversão de políticas públicas em prol de interesses de grupos ou setores da economia, no caso da importação de *pneus usados*. Como ficou assentado, na ação movida em face da União e do IBAMA, a proibição instituída pelo Estado sobre a importação de pneus usados é de alcance geral, sem exceção, e decorre do exercício do poder de polícia. Neste caso com o objetivo de conter prejuízo real e potencial à saúde e ao meio ambiente. Frisou-se, ainda, originar-se a proteção de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Como regra, não passa de despropósito querer submeter políticas públicas, mais ainda as legisladas, à perícia judicial.²¹ Esse caso é particularmente relevante pois o STF já havia decidido pela constitucionalidade da lei em ação de controle de constitucionalidade (STF, ADPF 101/DF), havendo, conseqüentemente, precedente vinculante na matéria (art. 927, I, CPC).

²¹REsp 1129785/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/05/2011,

2.2. Para além da “politização da justiça” em uma democracia de direitos: uma conclusão parcial

Defendeu-se, até aqui, o conceito de interesse público primário. Entendemos que o processo coletivo precisa caracterizar-se como um processo de interesse público primário. Entendemos que os processos coletivos são processos tendencialmente estruturantes que lidam com litígios de interesse público, especialmente quando tratam de políticas públicas.

Verifica-se, então, que ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa vem sendo tachada de “politização da Justiça”, entendida como *ativismo judicial em senso negativo*. Evidentemente o ativismo não é do juiz ou do Ministério Público, mas da lei e da Constituição, sempre exigindo um trabalho de coordenação com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas (DAMASKA: p. 226).

Esse compromisso não representava uma realidade premente antes da atual Constituição, sendo esporádica e não significativa, pelo menos no Brasil, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade. O Judiciário mantinha-se inerte, ligado à justiça responsiva e repressiva (Estado Liberal). Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária mais proativa e voltada para defesa dos novos direitos fundamentais no Brasil, resolutiva e participativa.

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a emergência dos direitos fundamentais de terceira geração contribuiu para um aumento do controle jurisdicional de políticas públicas, mediante medidas de justiça distributiva,

resolutiva e participativa, adotadas pela lei, pela Constituição e aplicadas pelo Poder Judiciário como instituição de garantia.

Assim, mesmo que se desenhe alguma resistência quanto à presença constante de interesse público primário nas ações coletivas quanto às partes (por exemplo: ricos proprietários de imóveis ou veículos importados) ou à natureza dos bens (imóveis de alto valor, veículos de luxo), o elevado número de pessoas, a natureza dos bens jurídicos tutelados e as características do ilícito ou da lesão sempre indicam a constância do interesse público nos processos coletivos, até mesmo como forma de proteção dos réus contra ações infundadas.

Retomando, são aspectos que ressaltam o interesse público e o manifesto interesse social dessas demandas: a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, saúde, educação, probidade administrativa, ordem econômica etc.); b) as dimensões ou características do ato ilícito ou da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas. Como se pode verificar, por exemplo, a previsão do art. 5º, § 4º, Lei n. 7.347/1985, *in fine*, que corrobora essa ótica, ao afirmar que o requisito da pré-constituição ânua das associações poderá ser afastado: “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Daí a obrigatória e constitucional intervenção do Ministério Público nos processos coletivos, quer nos processos coletivos das ações coletivas (microsistema, em que atuam como núcleo a LACP e CDC), quer no processo coletivo das questões repetitivas (art. 928, CPC).

3 Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225, p. 389, 2013.

- ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claimsresolutionfacilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *No prelo*, publicado para discussão pública no site academia.edu em 09/2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J.A. “Public interest parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation”. Milano/New York: Giuffrè/Oceana Publications, 1975.
- CARDOSO, Evorah. “Ciclo de vida do litíCABRAL, Antonio; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claimsresolutionfacilities* e sua aplicabilidade no Brasil (Claimsresolutionfacilitiesandtheirapplicability in Brazilian Law), 2018, no prelo, publicado para discussão pública no site academia.edu em 09/2018.gio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais”. In: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, ano V, n. especial, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 333. In.: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords.) *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo em el Derecho brasileño. *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, n.2, 2017.
- FISS, Owen. A teoria política das ações coletivas. *Um novo processo civil*. Coord. da trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FISS, Owen. Contra o acordo. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

- FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives: An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- LOSEKANN, Cristiana; BISSOLI, Luiz Duarte. Direito, mobilização social e mudança institucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 32, n. 94, junho/2017.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “A atuação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 910, p. 223, ago/2011. Sobre o atual papel do Ministério Público na ordem jurídica, cf., ZANETI JR., Hermes. “Comentários aos art. 176 a 181 do CPC”. In: STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 260-282.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- SALLES, Carlos Alberto de. (org.). Processo civil de interesse público. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003.
- SALLES, Carlos Alberto de. “Processo civil de interesse público”. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003.
- VINCENZI, Brunela Vieira de; ALVES, Gustavo Silva; REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. “As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: Um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth”. In: *Revista Jurídica Direito & Paz*, v. 34, 2016.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ªed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.