

ORGANIZADOR
CARLOS ALBERTO DE SALLES

PROCESSO CIVIL E INTERESSE PÚBLICO

*O processo como instrumento
de defesa social*

ADA PELLEGRINI GRINOVER / ADILSON ABREU DALLARI
CARLOS ALBERTO DE SALLES / CASSIO SCARPINELLA BUENO
DONALDO ARMELIN / FLORIANO AZEVEDO MARQUES
HUGO NIGRO MAZZILLI / JOSÉ EDUARDO FARIA
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE / KAZUO WATANABE
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO / MILTON SANSEVERINO
RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

Co-edição



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Processo civil e interesse público : o processo como instrumento de defesa social /
organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Vários colaboradores.
Bibliografia
ISBN 85-203-2409-6

1. Interesse público 2. Interesse público – Brasil 3. Processo civil 4. Processo civil –
Brasil I. Salles, Carlos Alberto de.

03-1758

CDU-347.922.33

Índices para catálogo sistemático: 1. Interesse público : Processo civil 347.922.33

PROCESSO CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

CARLOS ALBERTO DE SALLES

SUMÁRIO: 3.1 Identificando um objeto de estudo: o processo civil de interesse público – 3.2 Direito e processo: uma nova perspectiva metodológica – 3.3 A efetividade da tutela jurisdicional – 3.4 Tutela jurisdicional e neutralidade do processo – 3.5 A repercussão das ações coletivas no sistema jurisdicional brasileiro – 3.6 Conflitos de interesse público e de interesse individual: o significado das ações coletivas – 3.7 A definição do interesse público – 3.8 Justiça e adequabilidade do processo decisório: o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas – 3.9 Conclusão: um novo modelo de tutela jurisdicional do interesse público – Bibliografia.

3.1 Identificando um objeto de estudo: o processo civil de interesse público

A proposta desenvolvida neste trabalho tem um caráter metodológico, uma vez que se volta à afirmação da peculiaridade do objeto descrito a exigir um tratamento diferenciado pelo direito processual. Note-se, a esse propósito, que o caráter propositivo do trabalho não está na descrição do fenômeno estudado – ademais, bem conhecido –, mas na afirmação da necessidade de seu exame jurídico ser feito a partir de premissas diferenciadas.

A referência a um *processo civil de interesse público* tem, no contexto deste trabalho, um sentido especial.

Não se trata de negar o caráter público de qualquer disciplina processual, voltada que é, de maneira geral, à consecução de objetivos maiores do sistema processual e jurídico, como os de eliminação dos conflitos ou de realização do direito material por meio do poder jurisdicional do Esta-

do.¹ Dessa forma, mesmo quando voltado exclusivamente à solução de controvérsias privadas entre indivíduos singulares, o direito processual tem um caráter eminentemente público, ligado à atuação daquele poder estatal.

A expressão utilizada, no entanto, tem por finalidade chamar a atenção para uma característica que não é do processo em si, mas do tipo de interesse que passou a ser objeto de adjudicação a partir da introdução em nosso sistema processual das chamadas *ações coletivas*. Pretende-se, com essa designação, distinguir aquelas lides nas quais a prestação jurisdicional recai sobre interesses individuais de outras, nas quais o objeto do processo é uma decisão sobre um interesse público. Observe-se que a oposição aqui estabelecida não é simétrica àquela entre direito privado e direito público, cuja base está, sobretudo, na definição de um campo de atuação do Estado. O público, no sentido pretendido neste trabalho, é definido não em contraposição ao privado, mas ao individual, indicando aqueles interesses pertencentes à generalidade das pessoas.

A expressão *interesse público*, nos moldes propostos, embora não seja usual na doutrina brasileira, encontra amplo respaldo na literatura jurídica norte-americana.² Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações

⁽¹⁾ Esses objetivos retratam as conhecidas posições de Carnelutti e de Chiovenda sobre as funções do processo civil. Para uma discussão diferenciada dos papéis do poder jurisdicional no Estado contemporâneo, vide: FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, vol. 6, n. 2, p. 121-128 (1982).

⁽²⁾ Sobre este tipo de análise vide: TRUBEK, David. Comment – balancing the scales of justice: financing public interest law in: America, A report by council for public interest law. *Wisconsin Law Review* 1977/303-315; TRUBEK, David M. Public advocacy: administrative government and the representation of diffuse interests. In: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant (Orgs.). *Access to justice – Promising institutions*. Milan: Sijthoff/Giuffrè, vol. III, p. 447-494; ROBBINS, Deirdre H. Public interest environmental litigation in the United States. In: ROBINSON, David; DUNKLEY, John (Orgs.). *Public interest perspectives in environmental law*. West Sussex: Chancery Law Publishing, 1995. p. 3-36. Para uma definição de *public interest law*, vide: WEISBROD, Burton A.; HANDLER, Joel F.; KOMESAR, Neil K. (Orgs.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 28-29. Discutindo a existência de um direito de interesse público na Argentina, vide: BÖHMER, Martin F. Sobre la inexistencia del derecho de interés público en Argentina. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1/131-144, ano 3, abr. 1998.

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.

Conforme procura-se demonstrar adiante, esta diferenciação justifica-se à medida que traz implicações profundas para as atividades judiciais exercidas em processo dessa espécie, conduzindo à necessidade de uma correspondente diferenciação metodológica na análise dos problemas jurídicos implicados.

3.2 Direito e processo: uma nova perspectiva metodológica

Para iniciar uma discussão metodológica acerca do Direito Processual Civil, é necessário recorrer a algumas premissas a partir das quais o pensamento nessa área se estrutura na atualidade. A apresentação dessas premissas pode ser feita através do tema da relação entre direito material e processo, colocada como peça fundamental na identificação da maneira como a processualística vem localizando o objeto de análise do direito processual.³ Através desse tema é possível retratar o desenvolvimento e construir as bases metodológicas necessárias para a compreensão do atual estágio desse ramo jurídico.

O tema vem tendo um tratamento doutrinário dicotômico, cuja formulação remonta ao próprio aparecimento do direito processual como área autônoma de conhecimento jurídico,⁴ servindo como um índice da evolução dos mecanismos processuais a indicar a maneira pela qual os processualistas, em cada época, entendem a natureza e a função desempenhada pelo processo no conjunto do ordenamento jurídico.

Com efeito, como as normas processuais surgem em resposta a um problema central do direito moderno, as concepções sobre relação entre direito e processo acabam por se tornarem indicativas, além do mais, do entendimento sobre o próprio papel do direito e da atividade judicial na sociedade. Nesse enfoque, o estudo do processo coloca-se sob uma perspectiva

⁽³⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 15-18. Para quem “as relações entre um e outro são intensas e o perfeito conhecimento do processo depende da correta identificação desse nexos” (p. 15).

⁽⁴⁾ Nesse sentido, Bedaque, op. cit., p. 21-23.

funcional, isto é, voltada à compreensão da função de seus institutos nos vários contextos nos quais estão inseridos, destacando dessa maneira sua relação como o ordenamento jurídico e com os sistemas político, econômico e social.⁵

O processo no direito moderno surge como resposta a uma contradição básica: “no sistema positivista, o soberano é tanto o único garantidor da ordem quanto sua maior ameaça”,⁶ quer dizer, como a obediência às leis não vem naturalmente, devendo ser imposta por um poder soberano – que somente pode atingir este objetivo lançando mão de violência –, surge a necessidade de as regras limitarem o exercício desse poder, sob o risco de aquela tarefa ser executada com injustificado sacrifício da integridade física, privação da liberdade, invasão da privacidade e confisco da propriedade.

Assim, o processo surge como um corpo secundário de normas voltadas à limitação do poder soberano na tarefa de levar a cabo os direitos estabelecidos no sistema. O propósito do primeiro corpo de normas (chamadas substanciais) é impor a regularidade de condutas na sociedade; a finalidade do segundo corpo de normas (chamadas processuais) é impor a regularidade nas ações do poder soberano na tarefa de fazer valer aquelas primeiras.⁷

Nessa medida, o processo, ou mais exatamente o processo judicial, coloca-se como a disciplina jurídica do poder jurisdicional, definindo sua extensão e seus limites.⁸

⁽⁵⁾ Sobre uma análise funcional do direito, vide: ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985. Cap. 2, p. 53-59.

⁽⁶⁾ SIMON, Willian H. The ideology of advocacy. In: COVER, Robert M.; FISS, Owen M. (Orgs.), *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979. p. 53. O autor trata de “positivista” o tipo de teoria jurídica que enfatiza a separação do direito das normas pessoais e políticas, a conexão do direito com a aplicação autorizada da força e o caráter sistemático e objetivo do sistema jurídico (p. 50).

⁽⁷⁾ SIMON. Op. cit., p. 53. Observe-se que, embora o termo *processo* seja habitualmente vinculado à função jurisdicional, a existência de normas processuais é fenômeno comum à administração e ao legislativo, conforme bem salienta Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo: RT, 1993, p. 11-22. Essa colocação do processo em relação ao direito material não significa seu afastamento dos princípios fundamentais do sistema com os quais, necessariamente, devem estar imbricados nas normas, traduzindo o modo próprio de tomada de decisões com base na imparcialidade e independência do julgador.

⁽⁸⁾ Daí a necessária e indispensável colocação do instituto da jurisdição ao centro das preocupações do direito processual, conforme enfatiza Cândido Rangel

Colocando-se o processo sob essa perspectiva, a questão da intercessão entre normas processuais e de direito material traduz, necessariamente, um dado entendimento sobre o papel e as limitações do poder jurisdicional, indicando, por esse meio, como ele deve atuar no sistema jurídico, e, por consequência, na própria sociedade.

A observação do tratamento da doutrina processual para as relações entre direito e processo conduz à conclusão da ocorrência de uma mudança vertical de orientação do direito processual contemporâneo. Esse, embora subsistindo em sua autonomia como área de saber, deixa de fundamentá-la na independência das normas jurídicas processuais, passando a reconhecer sua natureza instrumental em relação ao direito material.

A assim chamada *autonomia do direito processual*⁹ era construída a partir do postulado de que as normas processuais compunham um corpo normativo específico, distinto e independente das regras de direito material. Com isso, postulava-se uma separação absoluta entre processo e substância, a servir de base para afirmação da autonomia científica desse ramo do direito, a partir da afirmação da peculiaridade de seu objeto.

Contrariamente a esse posicionamento inicial, presentemente, o processo vem sendo enfocado como ferramenta de realização da ordem jurídica material, instrumento para “tornar os direitos efetivos”.¹⁰

Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 77-82.

⁽⁹⁾ Sobre a discussão desse aspecto metodológico, recorra-se também a Dinamarco, *A instrumentalidade...*, cit., p. 17-20; para a recepção dessas idéias no Brasil, vide, do mesmo autor, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: RT, 1986, p. 1-11.

⁽¹⁰⁾ Relativamente a essa mudança de perspectiva, vide: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 886. Vide também, nessa matéria, Dinamarco, *A instrumentalidade...*, cit., em especial capítulos I e II, livro que, no Brasil, marca a consolidação e o desenvolvimento doutrinário desse tipo de análise do direito processual. A expressão que finaliza o parágrafo é emprestada de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective – A general report*, In: Mauro Cappelletti e Bryant Garth (Orgs.), *Access to justice – Promising institutions*, Milan: Sijthoff/Giuffrè, vol. I, livro I, p. 5-124. Conforme destaca Robert Wyness Millar (*Civil procedure of the trial court in historical perspective*. New York: The Law Center of New York University, 1952. p. 4), “procedure remains a necessity, but men come to the understanding that the true role of procedure is an ancillary

Na medida em que a concepção autonomista colocava as normas processuais como um valor autônomo, sua interpretação e aplicação eram para ser feitas independentemente das provisões de direito material e, por consequência, dos objetivos e propósitos nele contidos. Mais ainda, a necessidade de afirmação daquela autonomia processual conduzia a uma abordagem formalista do processo, destinada a supervalorizar o conceito da independência de suas normas em relação àquelas de direito material, levando a uma interpretação a partir de suas próprias premissas.

Sob essa ótica autonomista, o direito processual não era determinado nem pelo direito material, nem pelas autoridades responsáveis pela sua aplicação, nem pela ordem constitucional. Determinava-se a si próprio por *auto-referência*, baseado em sua autopoiesidade.¹¹

Em virtude desse tipo de posicionamento, a aplicação das normas processuais acabava destituída de qualquer direcionamento finalístico, sem atenção aos resultados concretamente oferecidos às situações de direito material colocadas sob exame judicial. Pouco importava, nessa perspectiva, o acesso à justiça ou a efetividade dos provimentos jurisdic-

one. In the household of the law, procedure ceases to be the *materfamilias* and is now the handmaiden”.

(11) Remete-se aqui a Gunter Teubner (*O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989) em sua teoria do direito como sistema autopoietico, que tem como sua mais visceral característica a “auto-referência” (p. 2). Vale reproduzir a paródia com que Teubner inicia sua obra: “Narra uma velha história que, durante aceso debate a propósito de um certo problema levantado pela interpretação do Talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino Eliezer, cujo pensamento jurídico rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se seu raciocínio fosse o correto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria. Quando a árvore se moveu de fato, os restantes rabinos não pareceram impressionados. Eliezer vaticinou então que, caso estivesse com razão, o curso de um rio vizinho inverteria sua direção, o que efetivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, os rabinos. Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria a prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de Eliezer. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram dizendo: ‘Não podemos dar atenção à voz divina porque Tu mesmo escreveste na Torah, no Monte Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria’. E Deus então riu, repetindo: ‘Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me’” (p. 1). Sobre o direito com sistema auto-referente, vide, da obra citada, em especial p. 40-52, descrevendo os vários graus de auto-referência, da auto-observação à autopoiesis.

cionais,¹² a precedência era dada ao processo ou, mais exatamente, à norma processual em relação ao direito substancial. Vale dizer, sob essa ótica, os direitos materiais estavam confinados aos limites dos modelos procedimentais, que não se orientavam à plena consecução daqueles, mas à pura realização de seus objetivos internos, devendo, pois, a norma processual, ser entendida a partir de seus próprios pressupostos.

O resultado concreto desse tipo de concepção é o de levar determinadas situações de direito material, embora resguardadas pelo ordenamento jurídico, a não encontrarem tutela jurisdicional adequada ou ficarem inteiramente excluídas de qualquer proteção judicial, redundando em situações de negativa de acesso ou de obtenção de prestação jurisdicional.

De igual maneira, tendo em vista a referida precedência da norma processual, em certas circunstâncias, o resultado prático obtido não correspondia à efetiva realização do direito,¹³ uma vez que o provimento judicial, embora procedimentalmente correto, em seu estrito senso, não era capaz de recompor-lo em sua inteireza. Em época anterior à reforma do art. 461 do CPC,¹⁴ esse era o resultado da conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, que em termos objetivos limitava a tutela jurisdicional aos provimentos reparatórios.

O desenvolvimento mais recente do direito processual reflete a preocupação metodológica de um redimensionamento do objeto de estudo dessa área jurídica, reconhecendo a instrumentalidade dos mecanismos processuais em relação ao direito material. Esse redirecionamento metodológico introduz, como preocupação prioritária, a capacidade do processo de produzir resultados consistentes com as necessidades do ordenamento de direito material.¹⁵ A avaliação desses resultados, por seu turno, somente é

(12) Sobre o acesso e a execução (*enforcement*) como pontos em que a abordagem positivista do processo deixa de oferecer respostas satisfatórias, vide Simon, op. cit., p. 53.

(13) Remete-se à formulação de Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, São Paulo: RT, 1940, p. 9: “O direito existe para se realizar. Todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização”.

(14) Sobre a importância e o alcance da alteração introduzida no artigo mencionado, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 152-158.

(15) Nesse sentido Dinamarco, *A reforma...*, op. cit., p. 22: “O processo civil moderno quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas” (destacado no original); também Bedaque, op. cit., p. 13.

possível levando-se em conta os *escopos do processo*,¹⁶ indicativos das funções a serem por ele exercidas e das finalidades que deve atingir no sistema jurídico e na sociedade.

Tal redirecionamento metodológico não retira ou esvazia o objeto do direito processual. Ao contrário, se entendido a partir de sua inserção na teoria geral do direito, como um corpo secundário de normas, cuja finalidade é ordenar a realização do direito substancial pelo poder estatal, o processo ganha em importância e especificidade. Nesse sentido o posicionamento de Willian H. Simon, mencionado acima: “O estabelecimento desse segundo corpo de normas tem uma curiosa consequência. As normas substantivas refletem os propósitos básicos do sistema, a garantia da ordem no mundo social. As normas processuais são indicadas para lidar com problemas técnicos. Uma vez que o sistema é colocado em movimento, entretanto, as normas processuais exercem um papel mais fundamental. A ordem depende dos cidadãos obedecerem as normas substantivas e a obediência depende da aplicação de sanções pelo soberano. A aplicação das sanções é governada pelas normas processuais. A chave do sistema é a operação da soberania e o último teste de legitimidade de qualquer ato de soberania é processual”.¹⁷

Na verdade, portanto, mais do que instrumentalidade existe uma *interdependência* entre direito material e processo, na qual o último se vocaciona à realização do primeiro, mas este depende daquele para ser levado a termo.¹⁸

Com o abandono da postura autonomista em favor daquela concepção que vem sendo denominada instrumentalista, o direito processual passa a necessitar de novos enfoques para sua análise, aptos a permitirem a compreensão do inteiro significado das situações jurídicas que lhe são colocadas para daí gerarem respostas capazes de superar o mero equacionamento formal da realidade fática. Essa necessidade obriga o processualista a tomar em consideração elementos que transcendem à mera disciplina formal do sistema jurisdicional e do campo tradicional do saber jurídico, obrigando-o a lançar mão de outras áreas do conhecimento científico, em um enfoque necessariamente multidisciplinar.¹⁹

Sob esse enfoque o mais importante pólo metodológico do direito processual passa a ser a *tutela jurisdicional*, expressando uma preocupação prioritária do sistema processual com a realização do direito material.

O estudo da tutela jurisdicional, por sua vez, supera o exame de adequação formal de normas procedimentais, passando a ter como questão central a *efetividade*, vale dizer, a apreciação da conjunção de meios e fins, examinando como o processo atende aos imperativos do direito material, para os interesses das partes e para a realização dos objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição. Para dar corpo a esse critério de efetividade, o exame de um dado mecanismo processual passa a exigir o conhecimento da situação de direito material à qual ele se destina.

Tendo em vista a grande complexidade das situações levadas a juízo, notadamente quando envolvem direitos difusos e coletivos, as regras e princípios processuais têm perdido em parte o seu caráter *transsubstancial*, no sentido de se aplicarem indistintamente a várias áreas de direito material, por ser evidente aí o requisito de maior especificidade de tratamento.²⁰

3.3 A efetividade da tutela jurisdicional

A efetividade da tutela jurisdicional tem sido definida nos termos do postulado de Giuseppe Chiovenda, a partir da afirmativa de que “na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.²¹ Esse pos-

(19) CAPPELLETTI e GARTH. Op. cit., p. 9.

(20) Sobre valores *transsubstanciais* contidos nas normas processuais, vide: COVER, Robert M. Reading the rules: Procedural neutrality and substantive efficacy. In: COVER, Robert M.; FISS, Owen M. (Orgs.) *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979. p. 75-86.

(21) Apud DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14. Vale a transcrição do original: “Il principio generale che nel nostro diritto rimane per così dire scoperto, per la mancanza d’una norma simile a questa, si desume dalla natura stessa dell’ordinamento giuridico e dalla esistenza del processo: il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”. CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. IX, p. 103, parte I.

(16) No tocante à importância da consideração dos escopos do processo, vide: DINAMARCO. *A instrumentalidade ...*, cit., p. 149-155.

(17) SIMON. Op. cit., p. 54, traduzido do original.

(18) Ressaltando esse aspecto vide: COVER, Robert M.; FISS, Owen M. (*The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979. p. 75-95) os quais, para sustentar este posicionamento, compilam exemplos demonstrando o impacto recíproco entre direito substancial e o processo. Também, David M. Trubek, *The handmaiden’s revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure, Law and contemporary problems*, vol. 51, n. 4, p. 111-134, 1988.

tulado traduz o objetivo “da *máxima coincidência* entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste a parte”,²² indicando a orientação finalista que aquela deve perseguir e expressando sua característica de instrumental, orientada para a “realização dos direitos”.²³

No entanto, a tutela jurisdicional, sistematicamente considerada, tem outras implicações não limitadas à realização do direito que assiste à parte.²⁴

Primeiramente, há de se ter presente o fato de a prestação jurisdicional não se restringir à adjudicação da situação levada a juízo,²⁵ mas produzir efeitos secundários, entre os quais o de estimular as partes a uma solução amigável, na qual a “*máxima coincidência*” dificilmente se realiza, uma vez que a solução conciliatória só é atingida porque elas abrem mão de parcela de seus interesses.

Segundo, é importante considerar que, sob uma perspectiva sistemática, a tutela jurisdicional tem o significado de um recurso potencial, exercendo um importante papel simbólico para afastar o descumprimento da regra de direito material sem mesmo chegar a ser demandado.²⁶

Por fim, as decisões judiciais, mesmo quando versando sobre interesses atomizados, têm notória influência na implementação das políticas pú-

(22) WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41. Nesse sentido, também: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. Série IV, p. 215-241.

(23) Cf. terminologia de Vidigal, op. cit., p. 9.

(24) Sobre a necessidade de uma concepção mais ampla quanto à efetividade da tutela jurisdicional vide: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, capítulo 1, em especial item 4. p. 15-25. Os parâmetros da efetividade do processo são dados pelo clássico artigo de José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, Série III, p. 27-39.

(25) Utiliza-se aqui a expressão adjudicação nos termos do proposto por Marc Galanter (Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, p. 95, 1975, nota 1), em referência a “full-dress individualized and formal application of rules by officials in a particular litigation”.

(26) GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 153.

blicas contidas nos textos legais, exercendo importante papel na realização de objetivos sociais neles contidos.²⁷

De fato, a interpretação da efetividade do processo não pode ser feita exclusivamente através de sua capacidade de decidir imperativamente, impondo suas decisões e confirmando o ordenamento positivo. Esse enfoque leva a afastar do direito processual importantes atributos que não estão ligados ao direito material e sua realização, mas são inerentes à própria prestação jurisdicional, realizando-se em seu *iter* procedimental e nas implicações secundárias para o sistema jurídico e social.²⁸

Convém recordar, a esse propósito, que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em correta interpretação do art. 5.º, inciso XXXV, da CF, “não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também ao acesso à ordem jurídica justa”.²⁹ Os instrumentos processuais, neste sentido, devem ser vistos como orientados para promover a tutela dos direitos, mas tendo-se em mente que sua efetividade está também implicada com critérios de adequação e tempestividade.

Sem dúvida, a capacidade do órgão jurisdicional em impor suas decisões tem fundamental importância na dinâmica do sistema judicial, tendo em vista a inutilidade de uma decisão judicial que não consiga realizar seus

(27) É preciso reconhecer que atividade jurisdicional não produz efeitos apenas na estrita esfera dos direitos individuais das partes, mas projeta-se sobre todo o sistema jurídico e sobre as relações sociais. Cristina Rapisarda (*Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987), estudando a “ação inibitória” do direito italiano, indica que prefere o termo “tutela”, em vez de “ação”, porque este exprime “la rilevanza ad un tempo sostanziale e processuale dell’ inibitoria e degli altri rimedi previsti dall’ ordinamento vigente” (p. 110), afastando, entretanto, de seu campo de trabalho “ogni più ampia nozione di tutela giuridica in senso sostanziale, quale tecnica di attribuzione di beni giuridici” (p. 111). O presente trabalho enfaticamente concorda com a abordagem do processo sob a ótica da tutela jurisdicional, mas sustenta a necessidade de ser ela considerada em uma perspectiva ampla, que alcance todo o conjunto de consequências produzidas sobre o direito material, em uma relação de interdependência, conforme sustentado no item anterior.

(28) Afirmando uma relatividade do princípio chiovendiano, que não pode ser tomado como critério absoluto, vide Barbosa Moreira, Tendências..., cit., p. 215-216 e 236. O próximo item retoma esta abordagem das múltiplas implicações da prestação jurisdicional.

(29) WATANABE. Tutela..., cit., p. 19-51.

resultados práticos e concretos. Todavia, não se pode tomar a impositividade das decisões judiciais como atributo único para aferir a efetividade da tutela jurisdicional. Ela deve perseguir objetivos que se perfazem por outros meios e visam a outros fins, além da simples satisfação do interesse da parte reclamante.

Assim, na consideração da efetividade da tutela jurisdicional deve-se tomar em conta fatores que possam retratar a totalidade de seus efeitos e de suas finalidades mediatas e imediatas. Para tanto é possível separar dois grupos de argumentos indicadores de parâmetros para a avaliação dos processos de adjudicação judicial e de outros mecanismos alternativos de solução de conflitos: os de *produção* e os de *qualidade*.³⁰ Esses argumentos traduzem dois diferentes tipos de resultados a serem analisados em qualquer mecanismo processual.

No tocante àqueles argumentos chamados de produção, considera-se qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos. Esse grupo de argumentos incorpora aquelas preocupações com o custo e duração do processo, apontados para o objetivo de um processo mais rápido e mais barato.

O segundo grupo, aquele dos argumentos de qualidade, coloca a questão dos benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta. Nesse caso, é preciso investigar a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz. Trata-se, portanto, de saber se o que se obtém através de um sistema de adjudicação é desejável em relação aos fins que se destina. Por exemplo, nesse sentido, “um dado processo é superior a outro porque aumenta a satisfação das partes, encorajando um restabelecimento amigável de relações, é mais disseminado entre as normas sociais, promove o desenvolvimento de soluções integrativas, conduz a maior obediência, gera precedentes mais úteis e assim por diante”.³¹

⁽³⁰⁾ Nos termos do proposto pelo Prof. Marc Galanter (Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66 issue 3, p. xi-xiv, 1989), buscando estabelecer critérios comparativos entre os vários mecanismos alternativos de solução de disputas, como os administrativos, de arbitragem e de mediação, entre outros. Conforme indica nesse artigo, “the many reasons for preferring one dispute mechanism over another can be reduced to two basic arguments. The first of these, which we might call the de ‘production’ cluster, is that one or another mechanism will produce ‘more’ with less expenditure of resources” (p. xii), o segundo grupo de argumentos remete à avaliação da superioridade dos *outcomes* produzidos.

⁽³¹⁾ GALANTER, Marc. Introduction..., cit., p. xii, traduzido do original.

Apenas os argumentos de *produção* não respondem à adequação da tutela a situações juridicamente protegidas. Ademais, em muitos casos pode estar envolvido mais de um interesse contemplado pela ordem jurídica, sem que a apreciação judicial possa optar por um deles sem elidir o outro ou conciliá-los sem o consentimento dos envolvidos.³²

A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, há de ser aferida levando em conta, também, outros elementos, como a capacidade do órgão jurisdicional em conhecer corretamente os fatos apresentados, de mediar e conciliar posições conflitantes, de perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais, de considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, de incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado), e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional.³³

A consideração da efetividade da tutela jurisdicional, como foi visto antes, impõe a formulação de um juízo sobre a *adequação* do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetivos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas será factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos.

Em rápida síntese, o conceito de *efetividade* implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se por efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato.

A identificação dessas finalidades, portanto, como acima mencionado, não pode ser buscada endogenamente no processo, a partir de fins localizados em seus próprios institutos, mas sim nos resultados aos quais está voca-

⁽³²⁾ A discussão sobre a formação dos interesses na sociedade e do interesse público é desenvolvida nos itens subsequentes.

⁽³³⁾ Sobre como a correta interpretação das normas processuais, uma vez aplicadas em boa técnica, podem alcançar esses resultados, vide Barbosa Moreira, Notas sobre o..., cit., p. 23-38.

cionado.³⁴ As finalidades endógenas do processo, que respondem àqueles argumentos chamados de *produção*, ganharão o seu sentido quando conjugadas com objetivos mais amplos, identificados na consideração ampla do sistema jurisdicional, como um mecanismo de produção de decisões sociais.³⁵

A questão da efetividade deve ser vista a partir de uma consideração sistemática do processo,³⁶ com o cruzamento de fatores endógenos e exógenos ao sistema processual, de forma a permitir uma consideração dos argumentos de *produção* e de *qualidade*. Não há como pensar-se, por exemplo, em uma limitação de custos sem considerar seus efeitos de acarretar eventual redução de meios probatórios ou em uma diminuição da duração do processo sem levar em conta possível sacrifício do contraditório. De igual maneira, não há como cogitar de uma maior coercitividade das ordens judiciais sem considerar eventuais efeitos danosos que elas possam produzir, como a impossibilidade de reversão de uma decisão equivocada, de prejuízo à liberdade das partes envolvidas, ou ainda de comprometimento a uma adequada divisão dos poderes do Estado.

A questão da efetividade, nessa medida, coloca-se sob uma perspectiva de maior abrangência, a qual conduz à consideração de um dado mecanismo processual partir de suas múltiplas finalidades analisando suas implicações imediatas e mediatas. Além da assim chamada “realização do direito material”, a atividade jurisdicional deve estar voltada para o atendimento de objetivos sociais mais amplos, relacionados com os direitos demandados e outros que, na maior parte das vezes, podem a eles transcender.

3.4 Tutela jurisdicional e neutralidade do processo

O processo em seu viés tradicional é entendido como um meio neutro, isto é, que nada acrescenta ou retira em relação às normas jurídicas por meio

⁽³⁴⁾ Sobre a efetividade do processo, Dinamarco, *A instrumentalidade...*, cit., p. 385. Segundo Bedaque, op. cit., p. 29, na consideração da efetividade do processo o jurista “deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado”.

⁽³⁵⁾ A jurisdição localiza-se junto a outros pólos produtores de decisões sociais, entre os quais o mercado e o sistema político.

⁽³⁶⁾ Barbosa Moreira, Notas sobre o..., cit., p. 28, enfatizando que “vários, senão muitos, dos problemas ‘clássicos’ do processo demandam reexame em perspectiva ampliada, que tome na devida consideração o contexto global em que eles se inserem”.

dele aplicadas. Nesse tipo de pensamento, “processo é um meio através do qual a norma correta é aplicada aos fatos em disputa. Dadas as premissas do formalismo, deve haver uma norma correta para cada grupo de fatos determinados”.³⁷ Com isso, o processo não deveria ter qualquer efeito sobre os valores, objetivos e desejos dos usuários do sistema judicial, devendo ser concebido e funcionar para perseguir a meta da neutralidade.

No entanto, a afirmação dessa “transparência” deixa de considerar suas reais implicações sobre as situações fáticas envolvidas e sobre a maneira como opera o sistema jurídico na realidade social. A transparência pode até se colocar como um objetivo do sistema, mas longe está de ser um instrumento analítico capaz de descrever sua realidade.³⁸

Na verdade, o processo, ao ordenar a forma como se põe em andamento o sistema jurisdicional e como este responde às situações que lhe são endereçadas, traz consequências, para as partes ou para terceiros, que longe estão de poderem ser consideradas neutras em relação às expectativas pessoais das partes e aos objetivos sociais implicados nas várias espécies de direito material, objeto da adjudicação.

O primeiro passo para o reconhecimento da falência desse paradigma da neutralidade do processo dá-se com a introdução do “acesso à justiça” no temário do direito processual.³⁹

O movimento para o reconhecimento e superação das limitações de acesso aos sistemas judiciais aponta para o fato de alguns grupos ou categorias de pessoas na sociedade encontrarem a porta da justiça fechada ou difícil de se abrir para elas.⁴⁰ O surgimento dessa importante corrente do di-

⁽³⁷⁾ TRUBEK. Op. cit., p. 114, traduzido do original.

⁽³⁸⁾ Idem, ibidem, p. 115.

⁽³⁹⁾ Boaventura de Souza Santos (*Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994. p. 146-147), para quem o tema do acesso à justiça é o que melhor equaciona as relações entre processo civil e a justiça social, afirmando que “a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela processualística, devendo investigar-se as funções sociais por ela desempenhadas em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor e contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos”.

⁽⁴⁰⁾ FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John (Orgs.). *Access to justice – Promising institutions*. Milan: Sijthoff/Giuffrè. vol. II, livro I. p. 5.

reito processual contemporâneo nasce exatamente do reconhecimento de que a visão clássica do processo não retrata adequadamente a realidade, onde, a despeito da igualdade formal, deixava de fora do sistema um grande contingente de pessoas e interesses.

Com essa exclusão, o processo colocava-se em contradição com uma das bases do pensamento jurídico moderno segundo o qual “há, ou deve haver, um corpo de normas singular, uniforme, universal; que cada cidadão – todo homem, mulher ou criança –, independentemente de classe, *status* social, ou renda deve ser capaz de gozar da proteção e privilégios daquele corpo de normas”.⁴¹

A cega afirmação da *transparência* do processo impediu por muito tempo a constatação fundamental do evidente descompasso entre a norma formal de acesso igualitário e a realidade, em maior parte excludente dos seus serviços para grande parcela da população, limitando o acesso à justiça de causas de menor valor econômico ou dos interesses difusos e coletivos.

3.5 A repercussão das ações coletivas no sistema jurisdicional brasileiro

A introdução no Brasil da defesa judicial de interesses difusos e coletivos,⁴² embora ainda não levada à prática em sua inteira potencialidade, trouxe inovações para nosso sistema processual, que levaram à profunda alteração na forma de prestação jurisdicional e na própria concepção do papel do Poder Judiciário numa sociedade, ela própria em processo de aceleradas transformações. Mais do que isso, a colocação sob a tutela jurisdicional de novos interesses, anteriormente fora do seu alcance, introduziu um novo tipo de litigância,⁴³ trazendo para a cena judiciária agentes antes desconhecidos,

⁽⁴¹⁾ FRIEDMAN. Op. cit., p. 8, traduzido do original.

⁽⁴²⁾ A Lei 6.938/81 (art. 14, § 1.º), que definiu a política nacional do meio ambiente, foi a primeira lei a permitir a defesa judicial de um interesse difuso através do Ministério Público. No entanto, como aquela lei não trazia os mecanismos processuais adequados, foi a Lei 7.347/85 a responsável pela introdução da defesa judicial dos interesses difusos e coletivos no Brasil. Esta lei foi significativamente complementada pela disposição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/91). Sobre a qualificação dessa espécie de interesse, vide, do autor, Legitimidade para agir: O desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 247-255.

⁽⁴³⁾ Esta expressão é aqui utilizada no mesmo sentido de *litigation*, termo usual na doutrina norte-americana para designar os conflitos sociais orientados no sentido

com a exigência de soluções não previamente enfrentadas em nossa tradição jurídica.

Sem dúvida, esse alargamento do acesso à justiça significou uma diversificação das funções judiciais no Estado brasileiro, as quais deslocaram-se de seus papéis tradicionais, onde estavam voltadas à solução de disputas privadas entre partes individuais, para o equacionamento de lides transindividuais, envolvendo interesses coletivos, de larga abrangência social e forte peso político. Essas novas ações judiciais passaram a agregar interesses dispersos por toda a sociedade, ou ainda de características grupais, representativos de segmentos específicos do corpo social.

Esse desdobramento das funções judiciárias do Estado coloca para o direito processual uma série de questões técnicas, verificadas em todas as fases do desenvolvimento do *iter* processual, da citação à prolação da sentença, do trânsito em julgado à execução do título judicial. Por outro lado, as questões emergentes nessa situação não encontram resposta cômoda somente na aplicação lógico-formal das normas processuais.

Na verdade, a solução das questões técnicas levantadas pelas ações coletivas só encontram o adequado equacionamento a partir do conhecimento do conjunto de fatores que conduzem à sua formulação. Para além de simples opção metodológica,⁴⁴ a solução de questões processuais passa a requerer a utilização de instrumentos de análise que possibilitem uma visão ampla do fenômeno processual, lançando mão de recursos teóricos e multidisciplinares que, anteriormente, pouca consideração vinham merecendo dos estudiosos do processo.

3.6 Conflitos de interesse público e de interesse individual: o significado das ações coletivas

As transformações no direito processual são significativas da emergência de um novo modelo de litigância civil, de crescente influência em nossos dias.

de uma solução pelas normas oficiais, acionando ou ameaçando acionar o aparelho estatal, nos termos da definição de Marc Galanter, Why the “haves”..., cit., p. 95, nota 1; também utilizando a expressão “litigação” no mesmo sentido, v. Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, p. 19-35.

⁽⁴⁴⁾ Para uma análise das perspectivas metodológicas do processo civil, vide, do autor, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo: RT, 1998, p. 29-54.

O objeto desse novo tipo de litigância é vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores consagrados constitucionalmente.⁴⁵

Vale dizer, no tratamento de interesses difusos e coletivos, a atividade jurisdicional deixa de ser voltada a litígios exclusivamente individuais, para impactar um âmbito predominantemente público. Esse espaço público, que passa a ser objeto de intervenção judicial, é, de sua feita, decorrente da crescente atividade legislativa e regulamentar do Estado, dirigida à modificação e disciplina de fatores básicos da organização social e econômica.⁴⁶ Sob pressupostos estritamente liberais, a função do direito está em salvaguardar as autonomias individuais. Sob essas premissas, os objetivos da sociedade surgem da soma das vontades individuais. Com o advento do Estado social, o próprio direito passa a incorporar objetivos sociais, os quais não são mais simples soma das autonomias individuais, mas metas e valores definidos *a priori* pelos vários processos decisórios da sociedade.

A preocupação com os interesses difusos e coletivos surge exatamente nesse contexto, à medida que as normas constitucionais, ordinárias e mesmo regulamentares passam a incorporar objetivos gerais ou coletivos.

Isso faz com que a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos tenha o significado de trazer para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes. Nessas situações, ao definir o interesse preponderante, a atividade jurisdicional está decidindo sobre objetivos sociais em contraposição. Mais do que isso, à medida que a decisão incide sobre bens coletivos, realiza opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns.⁴⁷ Nessa nova tarefa, a atividade judicial, forçosamente, estará deixando de realizar uma justiça apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre um campo de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns.⁴⁸

A prestação jurisdicional pretendida nas ações coletivas, embora tendo por base a própria atividade reguladora estatal, tem como objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais ou decorrentes de opções valorativas realizadas pela Constituição. Nessa medida, a tutela ju-

risdicional pode dirigir-se tanto à implementação direta daqueles objetivos, exigindo de particulares o cumprimento de determinadas posturas legais, ou como ao próprio Estado, para que atenda a obrigações legais de realizar determinada providência ou de exercer seu poder de polícia, levando em conta, inclusive, a possibilidade de agências ou órgãos públicos haverem sido “capturados” ou “cooptados” por interesses puramente privados.⁴⁹ Nesse último caso, o processo judicial se presta a suprir deficiências do processo político.⁵⁰

Trata-se, na verdade, do reconhecimento de uma necessária ampliação das funções jurisdicionais para apreciação de interesses que permaneciam sub-representados na sociedade, os quais, sem essa abertura da justiça cível, quedar-se-iam sem a devida representação.⁵¹ Assim, a conservação do meio ambiente, o equilíbrio das relações de consumo ou simplesmente a estabilidade das relações contratuais, embora relacionados com interesses maiores no sistema político e jurídico, por suas características, são precariamente defendidos. As chamadas ações coletivas vieram preencher essa lacuna.

No dizer de Abram Chayes, “da mesma maneira que o conceito tradicional reflete e se relaciona com um sistema no qual os arranjos econômicos e sociais eram referentes a ações privadas autônomas, o novo modelo reflete e se relaciona com um sistema regulatório onde esses arranjos são o produto de uma positivação”, e no qual, segundo ele, a aplicação da lei “é

⁽⁴⁹⁾ A respeito do tema “captura e cooptação” existe toda uma escola de pensamento econômico com fundas repercussões nos meios jurídicos da chamada Public Choice. Vide, entres outros: FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: The Chicago University Press, 1991. p. 12-37. Nesse sentido, vide, também: NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995. p. 122-139.

⁽⁵⁰⁾ Destacando a importância do papel do Judiciário na correção de imperfeições do processo político, v., do autor, op. cit., p. 95-99.

⁽⁵¹⁾ Esse tipo de litigância é direcionada para o objetivo último de uma espécie de justiça cívica: “Public interest law was a notable reform in civil justice. Designed to offer legal services for ‘interests without groups’, this movement quickly identified its goal as civic justice – i.e., effective participation by such groups in the decision-making process”. Segundo eles, ainda, “public interest law, therefore, reflects an aspiration for civic justice” (TRUBEK, Louise G. e TRUBEK, David M. Civic justice through civil justice: a new approach to public interest advocacy in United States. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen/Bruelles/Stuttgart/Firenze: Sijthoff/Bruylant/Klett-Cotta/Le Monnier, 1981. p. 121, também 144).

⁽⁴⁵⁾ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation, *Harvard Law Review* 89/1.284, maio 1976.

⁽⁴⁶⁾ Idem, ibidem, p. 1.288.

⁽⁴⁷⁾ LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronto a instituição. *Revista da USP* 21/24-25, mar.-maio 1994.

⁽⁴⁸⁾ A esse propósito vide, do autor, *Execução...*, op. cit., p. 106-110.

necessariamente a implementação de uma política regulatória”.⁵² E com isso, em outras palavras, uma implementação das opções consagradas nessa política entre vários interesses divergentes.

3.7 A definição do interesse público

De forma diversa a outras lides de direito público, em que o objeto da prestação jurisdicional não deixa de ser um interesse privado de alguma forma afetado pela Administração, nas ações coletivas a matéria apreciada em juízo está estreitamente relacionada com as políticas públicas contidas nas disposições legais atinentes à matéria tratada. Assim, a decisão judicial terá direta repercussão sobre aquelas políticas, devendo ser avaliada a partir de sua capacidade de produzir resultados em relação aos objetivos com elas implicados.

Destaque-se que, tradicionalmente, os principais foros de definição do interesse público são a Administração e o Legislativo. A questão do interesse público⁵³ é o principal critério balizador da atividade administrativa, porque dos critérios de sua definição dependem a validade e a legitimidade dos atos administrativos. Sem dúvida, dentro da estrutura estatal, é no Executivo que se concentra o maior número de decisões acerca dos recursos disponíveis na sociedade e sujeitos à distribuição pelo Estado.

Todavia, não obstante a centralidade desse conceito para a teoria geral do direito,⁵⁴ sua definição apresenta dificuldades, devido à necessidade de formulação de um conceito suficientemente genérico para abranger um número muito grande de situações,⁵⁵ envolvendo opções entre uma plurali-

(52) CHAYES. Op. cit., p. 1.304. Destacando as diferenças desse novo modelo, vide também: BRAVEMAN, Daan. *Protecting constitutional freedoms – A role for Federal Courts*. New York: Greenwood Press, 1989. p. 82-84.

(53) Sobre a importância do conceito de interesse público nos negócios da administração, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 86. O autor mencionado coloca-o como conteúdo básico do princípio da finalidade, que condiciona a validade dos atos administrativos.

(54) Sobre o desenvolvimento e o papel do conceito de interesse público na teoria geral do direito, vide: FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 64-67 e 74-79. Para ele esse conceito é essencialmente plurívoco (p. 64), ocupando uma função tópica no direito (p. 78).

(55) Sobre esse tipo de dificuldades conceituais vide: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 37-38. Ela, em-

dade de interesses dispersos pela sociedade e, na maior parte dos casos, excludentes. O problema da definição do interesse público pode ser exemplificado pelo chamado *Arrow's theorem*, assim denominado em razão de seu autor, Kenneth J. Arrow, que o demonstrou no começo da década de 60. Arrow tomou hipoteticamente três indivíduos com poder para tomar uma decisão e, considerando que cada um deles tem uma ordem de preferências diferentes, demonstrou, matematicamente, que o cruzamento dessas preferências individuais pode levar a decisões inteiramente aleatórias, dependendo de fatores estruturais do processo decisório.⁵⁶

A definição do interesse público, portanto, implica uma decisão estatal envolvendo um certo grau de discricionariedade, com a escolha de um entre vários interesses concorrentes. Essa tarefa, em muitas ocasiões, é realizada pelo Judiciário, como ocorre na adjudicação de interesses difusos e coletivos. O problema, no entanto, reside exatamente nos limites da discricionariedade dessa decisão, sob pena de, sem um núcleo mínimo de significado, o interesse público ter como único critério a competência da autoridade que a proferiu. Sob uma perspectiva exclusivamente processual, o interesse público não se diferencia do ato da autoridade competente, sem qualquer importância para qual seja seu conteúdo.

Em decisões administrativas, por exemplo, o problema da definição do interesse público é bastante evidente. Tome-se em consideração a decisão sobre o emprego de recursos na construção de uma avenida na zona sul ou uma ponte na zona norte da cidade. Embora seja justo supor que as duas obras tenham um conteúdo de interesse público, qual critério é utilizado para decidir entre a realização de uma e não de outra? Os moradores das duas regiões, certamente, terão opiniões opostas. Da mesma forma, possivelmen-

bora afirmando a supremacia do interesse público na Administração, apresenta-o como um conceito “pragmático”, sem um sentido teórico ou determinado. Postula, entretanto, possuir um “núcleo mínimo de compreensão” que se extrai das normas e princípios que informam o ordenamento. Para a autora, ainda, o conceito estaria implicado com o grau de generalidade em questão, dizendo respeito “a toda a coletividade” (p. 38).

(56) ARROW, Kenneth J. *Social choice and individual values*. 2. ed. New York: Wiley, 1963. Para uma análise e demonstração da teoria de Arrow, vide: MULLER, Dennis C. *Public choice II*. Cambridge (England): Cambridge University Press, 1989. p. 384-399. Para um breve resumo, vide: SEIDENFELD, Mark. *Microeconomics predicates to law and economics*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1996. p. 56-60. Na doutrina brasileira, abordando esses problemas, vide: NUSDEO, Fábio. Op. cit., p. 119-140. Também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 43-54.

te, discordariam técnicos, economistas, ambientalistas, engenheiros e advogados, segundo as várias perspectivas de análise do problema.

Na verdade, qualquer decisão social, produzida ou não através dos vários mecanismos estatais, incorpora opções por um entre vários interesses relevantes, traduzindo uma dada avaliação sobre qual deles, em uma determinada alocação de recursos públicos (bens ou serviços), melhor atende ao objetivo social que se quer alcançar por meio de uma determinada ação. A essência de qualquer política pública, levada adiante pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, é distinguir e diferenciar,⁵⁷ realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.⁵⁸

Analogamente ao ocorrido com a atividade administrativa, o Legislativo, em sua atividade, incorpora escolhas formuladas entre interesses diversos e conflitantes, decidindo sobre o interesse público na situação objeto de uma lei ou regulamento. Também nesse caso, há uma opção entre os vários interesses envolvidos, significando um posicionamento em relação ao interesse público. A opção legislativa, incorporada no texto legal, representa uma política adotada pelo legislador, configurando uma medida distributiva, no sentido de alocar entre os vários indivíduos recursos comuns.⁵⁹

As políticas públicas definidas em lei, quando dirigidas a particulares, atuam através de interferência na esfera de autonomia privada dos sujeitos, fixando proibições, estabelecendo obrigações ou induzimento e, mesmo, definindo a titularidade de determinados bens.⁶⁰ Relativamente à Adminis-

tração Pública, as políticas definidas atuam para limitar ou excluir a discricionariedade administrativa, através da imposição de procedimentos ou da fixação de obrigações legais de fazer ou não-fazer. As normas programáticas ou de incentivos entre os vários graus da administração (por exemplo, condicionando o repasse de verbas públicas ou concessão de financiamento a requisitos mínimos) também são uma forma de implementar uma política pública em níveis diversos da administração.

Verifica-se, portanto, que o interesse público materializa-se na forma de políticas públicas, que expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal. Essas escolhas, entretanto, podem não ser necessariamente as melhores para a sociedade e nem mesmo representam as preferências da maioria. É possível que essas decisões, pela Administração, Legislativo ou Judiciário, tenham sido feitas em consideração a interesses outros, que não atendem aos objetivos do corpo social. “Realisticamente, nós devemos também considerar a possibilidade de uma lei representar mais interesses privados do que públicos, por causa da indevida influência de grupos de interesses especiais”.⁶¹

Com efeito, a análise até aqui desenvolvida conduz à importante conclusão de que o interesse público não pode ser tomado pelo produto cumulativo das vontades individuais ou como valor neutro, que se coloca acima dos conflitos da sociedade. Assim considerado, o interesse público não responde ao problema de como estabelecer uma orientação na formulação dos comandos

⁽⁵⁷⁾ KOMESAR, Neil R. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 251. Para uma definição de política pública no contexto do direito, vide: CLUNE, William H. *Law and public policy: Map of an area*. *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 2/1 (1993). Observando que: “By definition, all law is public policy, in that it is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking institutions for at least some aspect of its existence” (p. 3-4).

⁽⁵⁸⁾ Estando esta atividade, conforme observado no item anterior, implicada com a realização de uma justiça distributiva. “What should be done when different people’s desires or interests oppose one another and cannot all be fully satisfied? Justice is the justified answer to this question and its science is the theory of justice” (KOLM, Serge-Cristophe. *Modern theory of justice*. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996. p. 4 (destacado no original)).

⁽⁵⁹⁾ “O problema da justiça distributiva diz respeito à alocação ou apropriação individual de recursos comuns (a riqueza, a honra)” (LOPES. Op. cit., p. 25).

⁽⁶⁰⁾ A intervenção estatal vide a posição de Eros Roberto Grau, *Elementos de direito econômico*, São Paulo: RT, 1981, p. 65. No domínio econômico, afirma Grau,

essa intervenção pode ocorrer por três modalidades diversas: por absorção ou participação (quando o Estado direta ou indiretamente assume uma atividade econômica); por direção (estabelecendo normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica); e por indução (usando de estímulos ou incentivos à adoção de um certo comportamento).

⁽⁶¹⁾ FARBER e FRICKEY. Op. cit., p. 1, traduzido do original. A conclusão apontada é básica na teoria da *Public Choice*, que ganhou notabilidade com a premiação de James Buchanan com o Prêmio Nobel de Economia, em 1986, com seu trabalho nessa área. Trata-se de uma proposta de identificação dos condicionantes de tomadas de decisão nos processos políticos, diferenciando-se da *Rational Choice* (baseada na afirmação de que as pessoas agem sempre racionalmente para maximizar suas preferências) e da *Social Choice* (que estuda os processos de decisão coletiva). A *Public Choice* é importante para o direito por demonstrar que uma lei voltada ao interesse público pode beneficiar um determinado grupo. Concluem os autores da obra discutida: “No one would deny the importance of self-interest in the political process, but we can also be reasonably sure that self-interest is not the whole story” (p. 33), destacando o papel desempenhado pela ideologia nos processos de tomada de decisão.

jurídicos. Aponta, porém, aspectos fundamentais da formulação das decisões estatais, tornando possível identificar até que ponto um posicionamento expressa um julgamento válido ou legítimo sobre um dado problema.

De fato, é possível uma noção de interesse público sob uma dimensão exclusivamente processual, enfatizando os mecanismos procedimentais de decisão reconhecidos, pela sociedade, como legitimamente capazes de expressar a vontade coletiva.⁶² Afinal, a “produção do ‘interesse público’ não exige de cada cidadão o consenso com relação aos fins, mas somente com relação aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos potencialmente harmonizáveis”.⁶³ Supondo, portanto, a existência de um consenso quanto aos meios, isto é, ao processo de decisão, é possível definir o interesse público apenas na maneira processual de sua conceituação. Nessa linha o interesse público é aquele contemplado por uma decisão validamente produzida, independentemente de seu conteúdo.

A formulação processual do interesse público coloca em evidência a necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante com respeito às regras de uma divisão justa do produto social e conducentes aos resultados finais preferidos pela maioria e afastando, ao mesmo tempo, o perigo de decisões incoerentes.⁶⁴ Sem dúvida, essa concepção tem o mérito de evidenciar o processo como um elemento fundamental em qualquer decisão estatal – incluindo as produzidas pelo Judiciário.

No entanto, embora a definição processual do interesse público ofereça uma resposta aos problemas de indefinição do conceito, nos termos do que vem sendo afirmado pela doutrina jurídica, não está livre de perigos. A ordenação dos processos decisórios sociais não evita que a sociedade possa vir a ter opções terríveis (como no caso do nazismo). Por outro lado, não

afasta também a possibilidade de o sistema não operar a contento, refletindo más preferências ou inadequadamente aquelas representativas do conjunto social. Por fim, mesmo o mais bem estruturado esquema processual pode conduzir a resultados contraditórios, cada qual a reclamar para si a primazia do interesse público.⁶⁵

Assim, não é possível endossar um modelo de justiça puramente processual, porque algumas coisas continuarão sendo um mal a despeito de provenientes de um procedimento perfeitamente justo.⁶⁶ “Nenhuma quantidade de *due process of law making* pode ser suficiente para fazer alguns resultados moralmente aceitáveis”.⁶⁷ A qualidade das decisões estatais – políticas ou judiciais – não pode ser avaliada apenas pelo processo decisório que as gerou, não obstante a importância funcional dessa espécie de estrutura normativa.

Em suma, “talvez nós não devêssemos pensar o interesse público como algo que o processo político apenas identifica. Melhor colocado, o interesse público, em algum sentido, cristaliza a maneira como o processo político opera no processamento das preferências existentes”.⁶⁸ Com efeito, como a questão do interesse público está presente em toda a decisão estatal, mesmo naquelas constituintes, sua definição pode ser substancialmente buscada nos fundamentos do próprio sistema político. Afinal, “entre o interesse de uma comunidade em ter uma fábrica gerando empregos e outra interessada em fechar a mesma fábrica por ser altamente poluidora, a única possibilidade de racionalizar a decisão é escapar da análise dos interesses e tentar descobrir um bem comum”,⁶⁹ ou seja, um mínimo denominador comum que permita distinguir o interesse privado daquele indivisivelmente pertencente a toda a coletividade.⁷⁰

⁽⁶²⁾ Existe uma tendência geral à “processualização” do direito como um todo, apontando para uma perda de conteúdo substancial das normas jurídicas, no sentido deste só ser definido em sua aplicação concreta na interação entre as partes. Nesse sentido, vide: WIETHÖLTER, Rudolf. *Proceduralization of the category of law*. In: JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Orgs.). *Critical legal thought: An American-German debate*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1989. p. 501-510. Também, na mesma coletânea: KENNEDY, Duncan. *Comment on Rudolf Wiethölter “materialization and proceduralization in modern law” and “proceduralization of the category of law”*, p. 511-524.

⁽⁶³⁾ FARIA. Op. cit., p. 67.

⁽⁶⁴⁾ Sobre as estratégias procedimentais como garantia dos outcomes do processo legislativo, vide Farber e Frickey, op. cit., p. 55-57.

⁽⁶⁵⁾ Apontando as deficiências de uma definição exclusivamente processual do interesse público, vide Farber e Frickey, op. cit., p. 55-62.

⁽⁶⁶⁾ FARBER e FRICKEY. Op. cit., p. 59-60.

⁽⁶⁷⁾ Idem, ibidem, p. 60, nota 60. Sobre a assimilação do conceito de *due process of law* no direito brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988, vide o livro precursor de Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: RT, 1973, em especial capítulos I, II e III.

⁽⁶⁸⁾ FARBER e FRICKEY. Op. cit., p. 59, traduzido do original.

⁽⁶⁹⁾ LOPES. Op. cit., p. 27.

⁽⁷⁰⁾ Em Rousseau, o bem comum é exatamente aquele ponto mínimo em relação ao qual todos os interesses são convergentes, colocando-se como princípio geral pelo

Para John Rawls essa indivisibilidade é exatamente uma das principais características dos bens comuns ou coletivos (*public goods*).⁷¹ Os bens públicos ou, melhor dizendo, bens comuns, como o meio ambiente,⁷² se caracterizariam pela impossibilidade de apropriação privada, impondo uso e fruição em comum. A distribuição desses bens deve ser feita de forma que a quantidade usada por um indivíduo seja disponível em igual quantidade para o uso de todos. Como a quantidade produzida ou disponível desses bens não pode ser dividida como bens privados e colocados à venda, sua provisão tem de ser feita através do processo político, não do mercado.⁷³

É necessária, dessa forma, a adoção de critérios substanciais para definir o interesse público, tomando-se em consideração aqueles parâmetros mínimos pelos quais a convivência social é possível em um regime de liberdade, permitindo conciliar interesses particulares, de indivíduos e grupos, com aqueles pertencentes a toda a coletividade.⁷⁴ Na distribuição dos recursos escas-

qual é possível manter a coesão social: “É o que há de comum nos diferentes interesses que formam o vínculo social, e, se não houvesse algum ponto no qual todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. São Paulo: Hemus, 1981. p. 37). Sobre a importância dos conceitos de vontade geral e de bem comum em Rousseau, vide: Lopes, op. cit., p. 26-27. Discutindo as bases éticas das relações econômicas e sociais, em um apanhado das principais teorias políticas e econômicas a respeito, vide: FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Vícios privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 27-91.

⁽⁷¹⁾ “The distinction between public and private goods raises a number of intricate points, but the main idea is that a public good has two characteristic features, indivisibility and publicness” (RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. p. 266). Destaque-se que os bens comuns ou coletivos são conhecidos na bibliografia internacional como bens públicos (*public goods*), cf. Fábio Nusdeo, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997. p. 186.

⁽⁷²⁾ Art. 225, *caput*, da CF: “Bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

⁽⁷³⁾ RAWLS. Op. cit., p. 266-267. Para uma localização do problema dos bens coletivos, vide Kolm, op. cit., p. 350-351.

⁽⁷⁴⁾ Sem dúvida, a formulação contemporânea mais conhecida desse mínimo ou princípio fundamental que deve reger as relações sociais é dada por John Rawls (op. cit., p. 118-192), embora sua justificação possa ser buscada em postulados clássicos, como o de Rousseau, mencionado na nota 70, *supra*. Outras soluções para o mesmo problema são possíveis, por exemplo, através de uma fórmula que equacione os

dos da sociedade, como os relativos ao meio ambiente, um critério desse tipo deve orientar a solução de demandas conflitantes, que os cidadãos fazem uns aos outros, não como princípio de ordem moral adotado aprioristicamente, mas como razões estabelecidas pela concepção pública de justiça sob a qual se assentam as instituições básicas da sociedade.⁷⁵ Não se acredita possível fornecer *a priori* um critério – ou relação deles – suficiente, fechado e exaustivo, mas tão-somente indicar um princípio de justiça distributiva⁷⁶ que possa servir de base para a definição do interesse público, materializado em opções concretas de alocação de recursos sociais.⁷⁷

Assim, relativamente ao meio ambiente e a outros bens comuns ou coletivos, esse princípio deve ser buscado na indivisibilidade característica desses bens. Essa indivisibilidade traduz um critério de justiça distributiva, segundo o qual aqueles bens necessários à sobrevivência e desenvolvimento da coletividade são alocados a todo e qualquer de seus membros, não permitindo, portanto, qualquer utilização (ou apropriação) excludente, isto é, que impeça o pleno uso por outros de seus membros. Nessa medida, o princípio básico, que deve orientar a atividade jurisdicional de proteção a bens coletivos, deve ser o restabelecimento daquela característica de indivisibilidade que os define enquanto tal.

vários interesses comuns a todo o corpo social. Nesse sentido, seria possível coerentemente definir o interesse público em termos substanciais, por exemplo, resumindo-se os objetivos sociais sob as rubricas de eficiência e equidade, cf.: WEISBROD, Burton A. Conceptual perspective on the public interest: an economic analysis. In: WEISBROD, Burton A. et al. (Org.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 4: “There are many facets to the ‘public interest’, which is why it has been so difficult to arrive at a consensus definition. It seems, however, that many of these facets can be grouped under two principal headings: efficiency and equity”.

⁽⁷⁵⁾ Nesse sentido, comentando a posição de John Rawls, vide: VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 45.

⁽⁷⁶⁾ Em oposição ao padrão de justiça corretiva, geralmente seguido.

⁽⁷⁷⁾ “An actual possible theory of justice (or social ethics) for a complex society as a whole is always an *open-ended moral polyarchy*, where *open-ended* means that one cannot hope to be able to provide *a priori* a sufficient, closed, and exhaustive list of criteria. However, a simple theory may intend to purpose only a best approximation, with a few principles that constitute the general rules, or even merely provide the tone in qualifications, specifications, limitations or exceptions” (KOLM. Op. cit., p. 33-34 (destacado no original)).

3.8 Justiça e adequabilidade do processo decisório: o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas

Muito embora o conceito de justiça implicado na asserção de uma *ordem jurídica justa* possa ter múltiplos significados, é importante, nesse ponto, diferenciar sua noção substantiva daquela processual.

Não obstante seja “muito difícil desenhar uma linha entre a falta de justiça em seu sentido processual e a falta de justiça em seu sentido substantivo”,⁷⁸ é preciso compreender como, algumas vezes, o conceito de justiça dirige-se a situações que se resolvem pelas próprias regras de direito material, mas em muitos casos a denegação de justiça tem um sentido unicamente processual, referindo-se a situações geradas pela deficiente consideração das partes e seus reais interesses no processo. Algumas dessas situações são de difícil correção na tradição jurídica ocidental,⁷⁹ mas merecem atenção do estudioso do processo e dos profissionais do direito, visando ao correto entendimento e, por conseqüência, aplicação das normas processuais.

Um exemplo pode ser apresentado quanto à diferente *capacidade das partes*, não em um sentido de possibilidade jurídica de produzir atos válidos⁸⁰ ou de adequada representação processual,⁸¹ mas do ponto de vista das vantagens estratégicas que certo tipo de partes têm em obter melhores resultados em procedimentos judiciais.⁸² Ela resta bem evidenciada na comparação entre *repeat players* (RP) e *one-shotters* (OS), tipos ideais construídos pelo Prof. Marc Galanter para localizar características básicas dos litigantes no processo judicial.⁸³ Os RP são aquelas partes que, diversamente

⁽⁷⁸⁾ FRIEDMAN. Op. cit., p. 6.

⁽⁷⁹⁾ Sobre as raízes e motivações dessa tradição jurídica, vide David M. Trubek (Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*, vol. 1.972, n. 3, p. 720-753), mostrando o papel do juiz na aplicação “lógico-formal racional” do direito (p. 746, nota 48).

⁽⁸⁰⁾ Nos termos dos arts. 3.º e 4.º do CC vigente.

⁽⁸¹⁾ Nos termos dos arts. 7.º a 13 do CPC.

⁽⁸²⁾ GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2 p. 347-368, 1975; também: Cappelletti e Garth. A general report..., cit., p. 14-18.

⁽⁸³⁾ GALANTER. Why the “haves”..., cit., p. 93-160. Inserindo a sua noção de RP “into an ‘ideal type’ if you will—a unit which has had and anticipates repeated litigation, which has low stakes in the outcome of any one case, and which has the resources to pursue its long-run interests” (p. 98), salientando em nota que os RP não precisam sequer se envolver em litigância, uma vez que o mais bem sucedido RP é aquele cujos oponentes renunciavam a seus interesses sem enfrentá-los em juízo (nota 5).

de outras que apenas raramente recorrem ao sistema judicial (OS), utilizam-no repetidamente defendendo seus interesses em um grande número de casos judiciais. São litigantes freqüentes, como empresas, órgãos estatais ou o Ministério Público em muitas de suas atribuições.⁸⁴

É possível enumerar uma grande série de vantagens que os RP gozam pela sua freqüente presença em juízo.⁸⁵ Os RP, já tendo estado antes em juízo, em casos semelhantes, têm a vantagem da experiência, permitindo-lhes estruturar diferentemente as próximas transações e construir uma retaguarda probatória em seu interesse.⁸⁶ Outro ponto considerável é a *economia de escala* que beneficia os RP, facilitando-lhes o acesso a especialistas a um custo decrescente em cada novo caso. A presença freqüente em juízo também pode facilitar as relações informais com os agentes públicos responsáveis pela prestação do serviço público (como juiz, oficiais de justiça, cartórios etc.), permitir a construção de uma reputação no foro e criar estratégias de longo prazo na litigância judicial.⁸⁷

Com isso, é possível concluir que características estruturais das práticas judiciárias e dos procedimentos tendem a favorecer organizações em prejuízo de litigantes individuais.

⁽⁸⁴⁾ Interessante notar que, algumas vezes, tendo em vista sua organização baseada na autonomia funcional e na livre distribuição dos casos entre os Promotores de Justiça, divididos em áreas pouco especializadas, impede-se que o Ministério Público goze de vantagem como RP, fazendo com que seus membros tenham de renovar seus esforços em cada nova distribuição que recebam, sem maximizar a experiência de outros casos anteriores idênticos que foram tratados por outro profissional.

⁽⁸⁵⁾ GALANTER, Why the “haves”..., cit., p. 98-103. Enumera nove grupos abrangentes de vantagens dos RP em relação aos OS.

⁽⁸⁶⁾ Por exemplo exigindo cauções ou depósitos e conservando em seu poder declarações formais da parte contrária.

⁽⁸⁷⁾ Por estratégias de litigância, resume-se aqui vários dos atributos apontados por Galanter (Why the “haves”..., cit., p. 100-103), como características dos RP, representados pelas seguintes possibilidades: 1) de adotar uma *minimax strategy*, minimizando a probabilidade de perdas maiores, através do cálculo da maneira de maximizar os ganhos ao longo de uma série de casos; 2) de optar entre atuar em juízo para formar jurisprudência ou para obter ganhos imediatos; 3) de induzir a formação de posições jurisprudenciais em relação às normas do próprio processo; 4) de avaliar quais casos têm uma importância simbólica maior; 5) de alocar corretamente seus recursos (conhecimento, atenção, perícias técnicas, dinheiro), dos quais dependem em grande parte o sucesso de sua atuação.

Outra evidência daquela tênue linha divisória entre justiça substantiva e justiça processual pode ser observada na incompleta consideração do sujeito pelo sistema legal. Na concepção jurídica clássica o direito material serve para dar poder ao sujeito de direito e o processo, na condição de sua ferramenta, compartilha este objetivo.⁸⁸ Contrariamente a essas premissas, no entanto, a subjetividade é discursivamente constituída, isto é, criada através das práticas e discursos sociais, permitindo afirmar uma natureza contextual do sujeito.⁸⁹ Com isso, a resposta dos mecanismos jurisdicionais constitui, na verdade, uma denegação da subjetividade autêntica (e, portanto, da Justiça) ao considerarem o sujeito abstratamente, de maneira acontextual.

Vários estudos da relação advogado-cliente, de base empírica, ilustram essa circunstância, constatando haver um potencial conflito de interesses, levando o advogado a afastar o processo das finalidades pessoais perseguidas pelo seu cliente. Pode ocorrer ainda que os objetivos de uma determinada causa sejam gerados pelo advogado, apenas com a adesão do cliente, que pessoalmente estaria satisfeito com solução diferente, quicá menos custosa para ele, para o sistema Judiciário e para a parte contrária. Na área de divórcio, por exemplo, os profissionais tendem a convencer seus constituintes a colocarem de lado sentimentos emocionais e reivindicações morais, tomando a resolução por eles advogados tida como factível. De igual maneira na área criminal defensores públicos exercem o papel de “esfriar” os réus.⁹⁰

Em todos esses casos, o sistema judicial promove uma verdadeira denegação dos interesses autênticos dos sujeitos, evidenciando uma oposição entre a subjetividade, legal e processualmente definida, e aquela que constitui a identidade real do interessado.

Outra importante consideração das normas processuais na realização de justiça é o estudo da “vitimização da vítima”. Essa análise, desenvolvida por Kristin Bumiller, sustenta que “em vez de prover uma ferramenta para

⁽⁸⁸⁾ TRUBEK. The handmaiden's revenge..., cit., p. 121. Afirmando que o “post-realist thought accepts the classical notion that the purpose of substantive law is to empower the self”, e que “as the handmaiden to substantive law, procedure shares this goal”.

⁽⁸⁹⁾ Sobre a natureza contextual do sujeito, vide: UNGER, Roberto Mangabeira. *Passion: an essay on personality*. New York: The Free Press, 1984. p. 3-89. Também: TRUBEK. The handmaiden's revenge..., cit., p. 119.

⁽⁹⁰⁾ As várias situações aqui apontadas são enumeradas por Trubek, The handmaiden's revenge..., cit., p. 121-122.

diminuir a desigualdade, mecanismos legais, que criam a identidade legal da vítima de discriminação, mantêm divisões entre poderosos e despossuídos de poder, através de meios que são obscurecidos pela ideologia de igual proteção”.⁹¹ Esse estudo demonstra de que maneira a prestação jurisdicional pode ser desvirtuada pelo arranjo das regras procedimentais, sujeitando a vítima (no caso de discriminação por raça ou sexo) a uma situação incômoda ou pessoalmente gravosa, invalidando ou afastando o recurso à proteção judicial. “Se o direito antidiscriminação vitimiza seus beneficiários putativos, ele não apenas falha em prevenir discriminação; ele perpetua isso”.⁹²

Essa análise, brevemente exposta, e outras, que a ela poderiam ser somadas,⁹³ demonstram a tênue linha existente entre justiça substancial e processual, confirmando que em muitas situações a ordenação e estrutura de um dado processo decisório (judicial ou não) tem grande, senão decisiva, influência para se poder atingir aquela meta de justiça, que deveria servir de base para as relações sociais.

Desta forma, além da discussão acerca da importância dos mecanismos processuais na definição do interesse público, realizada no item anterior, faz-se necessária a verificação dos critérios disponíveis para saber qual processo, dentre aqueles peculiares às várias instituições sociais, é o mais adequado para produzir os resultados esperados pela sociedade em relação a um determinado objetivo.

Considerando que as diversas modalidades de processos decisórios estão associados às diferentes instituições sociais, essa questão, em última análise, é a de saber a qual instituição será dado decidir sobre uma determinada matéria. Segundo sustenta o Prof. Neil K. Komesar, da Universidade de Wisconsin, essa escolha da instituição que melhor atende a um certo objetivo social deve levar em conta as três maiores *decision-making institutions*: o mercado,

⁽⁹¹⁾ BUMILLER, Kristin. *The civil rights society: The social construction of victims*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1988. p. 4, traduzido do original.

⁽⁹²⁾ TRUBEK. The handmaiden's revenge..., cit., p. 126, traduzido do original.

⁽⁹³⁾ Para uma visão de novas tendências de análise do processo civil vide Trubek, The handmaiden's revenge..., cit., p. 121-134, apontando os seguintes campos temáticos emergentes da sociologia crítica do processo: 1) a negação da autêntica subjetividade; 2) a construção legal da realidade social; 3) a vitimização da vítima através do direito; 4) a alternativa comunitária e a crítica da adjudicação; 5) a crítica da ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e os discursos de necessidade; 6) a discursividade do conhecimento social.

o processo político e o judiciário.⁹⁴ Segundo ele, a escolha entre instituições é uma opção entre processos complexos, nos quais a interação dos muitos participantes molda seu desenvolvimento e acaba por determinar o próprio conteúdo de sua decisão. Assim, na escolha institucional, muitas vezes está previamente implicada a determinação do próprio objetivo social prevalecente.

Tão importante quanto a definição do interesse público, portanto, é saber quais instituições apresentam o processo decisório mais adequado para a consecução de determinado objetivo social presente em uma dada situação de fato.

Com efeito, as várias instituições possuem características próprias, identificáveis a partir da maneira como os vários interesses se articulam em relação a elas, conforme seu grau de concentração, sua capacidade de organização e de influenciar decisões. Para Komesar a articulação desses interesses obedece ao condicionante básico de tendências majoritárias e minoritárias. “Em algumas instâncias e contextos identificáveis, interesses minoritários ou especiais prevalecem. Em outros, influências majoritárias podem agir contra a influência minoritária, produzindo política pública que é menos estreitamente fundamentada e que freqüentemente parece mais de interesse público.”⁹⁵

O que se quer afirmar, evidentemente, não é que o Poder Judiciário deva substituir aos demais centros decisórios da sociedade na definição do interesse público. Por certo, recorrendo aos exemplos antes apontados, não será a via jurisdicional a melhor para decidir-se sobre o emprego de verbas públicas ou para definição de uma política legislativa. O processo judicial, no entanto, em algumas circunstâncias, mostra-se como a instituição mais apta para decidir sobre o interesse público em determinadas situações, notadamente naquelas nas quais, por falhas de outros processos decisórios envolvidos, ocorra uma desconsideração daqueles parâmetros básicos de sua formação.⁹⁶

3.9 Conclusão: um novo modelo de tutela jurisdicional do interesse público

Com base em todo o exposto, pode-se afirmar que o Judiciário conheceu uma expansão de suas atribuições, passando a resolver questões de

⁽⁹⁴⁾ Op. cit., p. 9. A análise dessas instituições dá ensejo à chamada *comparative institutional analysis*, cujas bases são desenvolvidas no livro citado.

⁽⁹⁵⁾ KOMESAR. *Imperfect alternatives...*, cit., traduzido do original.

⁽⁹⁶⁾ Demonstrando função da proteção judicial do meio ambiente, bem como sua necessidade, vide, do autor, op. cit., p. 87-156.

âmbito público, no cumprimento de um papel antes relacionado a outros centros decisórios existentes na sociedade. Mais do que isso, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão social capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por características estruturais, não obtêm um adequado tratamento pelo mercado ou pelo processo político.⁹⁷

O impacto dessas transformações sobre as normas de processo, dessa maneira, resultou na emergência de um novo modelo processual, construído a partir da necessidade de oferecer respostas a um tipo de litígio diferenciado daqueles tradicionalmente tratados no processo civil. A contraposição desses modelos de litigância na área cível foi identificado pelo Prof. Abram Chayes, da Universidade de Harvard, em seu clássico trabalho *The role of the judge in public law litigation*, no qual investiga as mudanças sofridas pelas formas jurisdicionais cíveis.⁹⁸ Chayes localiza em seu trabalho as características predominantes no modelo tradicional, de maneira a permitir a identificação de um parâmetro para localização das principais mudanças trazidas pelo modelo emergente.

O modelo tradicional de litigância, segundo ele, segue as seguintes características: a) a ação judicial é bipolar, organizada como uma competição entre dois indivíduos ou dois interesses, minimamente unitários, colocados em posições diametralmente opostas; b) a litigância é retrospectiva, versando sobre eventos completos e passados; c) direito e remédio judicial são interdependentes, a prestação jurisdicional é mais ou menos logicamente decorrente da violação do direito substantivo, sob a premissa de que ao autor deve ser dada uma compensação medida pela lesão causada pelo réu; d) a ação judicial é um episódio autocontido, no sentido de que o impacto do julgamento se confina ao interesse das partes; e) o processo é parte-inicia-

⁽⁹⁷⁾ Nesse sentido as conclusões de Komesar, *Imperfect alternatives...*, cit., p. 271-276. Para Komesar, a prevalência de determinado objetivo social está ligada à escolha de qual instituição social (mercado, processo político ou judicial) será dado decidir sobre os interesses implicados com aquele objetivo. Em razão de características estruturais das instituições envolvidas, a escolha institucional pode significar a própria escolha do objetivo social preponderante em uma certa situação. Surge dessa constatação a necessidade de uma análise comparativa institucional para descobrir, entre as várias alternativas imperfeitas, qual melhor atende a determinados objetivos sociais. Tratando-se de bens coletivos (*public goods*), os quais, de maneira geral, são objeto das ações coletivas no Brasil, o Judiciário apresenta-se como a melhor alternativa. Cf. do autor, *Execução...*, cit., p. 101-105.

⁽⁹⁸⁾ CHAYES. Op. cit., p. 1.282-1.283.

do e parte-controlado, significando que é organizado a partir das iniciativas das partes, que definem as principais questões submetidas ao juízo.

Estas diversas características do sistema judicial permitem identificar alguns atributos comuns, representativos de um modo específico de solucionar disputas surgidas entre particulares (ou entre particulares e o Estado) versando sobre causas privadas e de interesses individuais. A forma de iniciar a ação, a colocação das partes no processo, as bases de decisão e as características da atuação do órgão jurisdicional, sob os vários aspectos, salientam uma ou outra característica indicativa de elementos próprios do chamado modelo tradicional de adjudicação.

Conforme foi visto nas partes iniciais deste trabalho, a inclusão dos direitos difusos e coletivos no sistema processual fez com que o Judiciário se dirigisse a conflitos surgidos da atividade reguladora do próprio Estado, passando a dizer respeito a um grande número de pessoas e à consecução de objetivos maiores da coletividade.⁹⁹ Essa mudança do papel exercido pelo sistema jurisdicional tem uma repercussão imediata sobre a estrutura e a operação do modelo processual de adjudicação, passando a enfrentar novos desafios em sua operação e a oferecer novas respostas, de conteúdo inteiramente diverso àquele usual nas resoluções de conflitos privados entre partes individuais.

Com isso, verifica-se o surgimento do novo modelo processual (ou de adjudicação judicial, para usar a expressão usual na literatura norte-americana), baseado em premissas funcionais e estruturais diversas, que se afastam e se opõem àqueles atributos apontados anteriormente. Entre as principais características desse novo modelo está a de que o objeto da ação judicial não é a disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma reclamação sobre a operação de uma política pública.¹⁰⁰

O reconhecimento dessa nova dimensão da atuação judicial é necessário para que a condução do processo e a interpretação de suas normas seja feita sob premissas corretas, sem que ocorra a omissão do caráter e da significação pública desse tipo de litigância. É preciso que o direito processual apresente respostas para o novo tipo de lide colocado ao sistema jurisdicional buscando canais que permitam o completo desempenho das novas funções que lhe são emprestadas. As mudanças sentidas pelo sistema processual tornam bastante tênue a divisão entre processo e substância, de modo

que o mau entendimento e aplicação das normas processuais pode gerar resultados efetivamente substanciais.¹⁰¹

Verifica-se, assim, que a introdução das ações coletivas em nosso sistema jurisdicional trouxe sérias e profundas transformações para as normas e princípios de processo civil implicados nessa área. Altera-se substancialmente a natureza da matéria colocada sob deliberação judicial, acarretando uma transformação no próprio modelo do processo decisório implicado nessas questões. Com isso torna-se possível delimitar um objeto específico de estudo, o que conduz à possibilidade de afirmação da existência de um *processo civil de interesse público*. A aceitação da especificidade desse objeto de estudo é um primeiro passo para que o direito processual possa dar um tratamento teórico e metodológico diferenciado, adequando-se às questões surgidas dessa realidade.

Bibliografia

- ARROW, Kenneth J. *Social choice and individual values*. 2. ed. New York: Wiley, 1963.
- ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, s.d. Série III.
- _____. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. Série IV.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo* – Influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BÖHMER, Martin F. Sobre la inexistencia del derecho de interés público en Argentina. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 1, p. 131-144, ano 3, abr. 1998.
- BRAVEMAN, Daan. *Protecting constitutional freedoms* – A role for Federal Courts. New York: Greenwood Press, 1989.
- BUMILLER, Kristin. *The civil rights society: the social construction of victims*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

⁽⁹⁹⁾ Sobre a questão da realização de objetivos sociais, vide, do autor, *Execução...*, cit., p. 123-125.

⁽¹⁰⁰⁾ CHAYES. Op. cit., p. 1.302.

⁽¹⁰¹⁾ Discutindo os limites entre justiça substancial e justiça processual, ver: MINOW, Martha. Politics and Procedure. In: KAIRYS, David (Org.). *The politics of law: a progressive critique*. New York: Basic Books, 1998, p. 79-86.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective—A general report. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (Orgs.). *Access to justice*—Promising institutions. Milan: Sijthoff/Giuffrè, vol. I, livro I.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation, *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1.284, maio 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contrato preliminare. *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. IX, parte I, p. 103.
- CLUNE, Willian H. Law and public policy: Map of an area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, n. 2, p. 1, 1993.
- COVER, Robert M. Reading the rules: Procedural neutrality and substantive efficacy. In: COVER, Robert M.; FISS, Owen M. (Orgs.). *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979.
- COVER, Robert M.; FISS, Owen M. *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.
- _____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: The Chicago University Press, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, vol. 6, n. 2, p. 121-128, 1982.
- FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Vícios privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. In: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John (Orgs.). *Access to justice*—Promising institutions. Milan: Sijthoff/Giuffrè, vol. II, livro I.
- GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986.
- _____. Afterword: Explaining Litigation. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, p. 347-368, 1975.

- _____. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66, issue 3, p. xi-xiv, 1989.
- _____. Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, p. 95, 1975.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: RT, 1981.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.
- KENNEDY, Duncan. Comment on Rudolf Wiethölter “materialization and proceduralization in modern law” and “proceduralization of the category of law”. In: JOERGES, Christian e TRUBEK, David M. (Orgs.). *Critical legal thought: An American-German debate*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1989.
- KOLM, Serge-Cristophe. *Modern theory of justice*. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.
- KOMESAR, Neil R. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista da USP*, vol. 21, p. 24-25, mar.-maio 1994.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MILLAR, Robert Wyness. *Civil procedure of the trial court in historical perspective*. New York: The Law Center of New York University, 1952.
- MINOW, Martha. Politics and Procedure. In: KAIRYS, David (Org.). *The Politics of Law: a progressive critique*. New York: Basic Books, 1998.
- MULLER, Dennis C. *Public choice II*. Cambridge (England): Cambridge University Press, 1989.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- ROBBINS, Deirdre H. Public interest environmental litigation in the United States. In: ROBINSON, David; DUNKLEY, John (Orgs.). *Public interest perspectives in environmental law*. West Sussex: Chancery Law Publishing, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. São Paulo: Hemus, 1981.

- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Legitimidade para agir: O desenho processual da atuação do Ministério Público*. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.
- _____; MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João e FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: O caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.
- SEIDENFELD, Mark. *Microeconomics predicates to law and economics*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1996.
- SIMON, William H. The ideology of advocacy. In: COVER, Robert M.; FISS, Owen M. (Orgs.). *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TRUBEK, Louise G. e TRUBEK, David M. *Civic justice through civil justice: A new approach to public interest advocacy in United States*. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen/Bruxelles/Stuttgart/Firenze: Sijthoff/Bruylant/Klett-Cotta/Le Monnier, 1981.
- TRUBEK, David M. Comment – Balancing the scales of justice: financing public interest law in: America, A report by council for public interest law. *Wisconsin Law Review*, vol. 1977, p. 303-315.
- _____. Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*, vol. 1972, n. 3, p. 720-753.
- _____. *Public advocacy: administrative government and the representation of diffuse interests*. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (Orgs.). *Access to justice – Promising institutions*. Milan: Sijthoff/Giuffrè, vol. III.
- _____. The handmaiden's revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure. *Law and contemporary problems*, vol. 51, n. 4, p. 111-134, 1988.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Passion: an essay on personality*. New York: The Free Press, 1984.
- VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: RT, 1940.
- VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.
- _____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WEISBROD, Burton A. *Conceptual perspective on the public interest: an economic analysis*. In: WEISBROD, Burton A. et al. (Org.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- _____; HANDLER, Joel F.; KOMESAR, Neil K. (Orgs.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- WIETHÖLTER, Rudolf. *Proceduralization of the category of law*. In: JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Orgs.). *Critical legal thought: an American-German debate*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1989.