

TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS: BREVES NOTAS SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO

Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu[†]

*É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência, que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico que comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção. (José Joaquim Calmon de Passos, *Direito, poder, justiça e processo.*)*

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS



presente trabalho tem por objetivo tecer algumas considerações acerca dos instrumentos processuais existentes para a tutela dos direitos sociais. Busca-se, portanto, sistematizar os meios predispostos pelo ordenamento jurídico à tutela dos direitos fundamentais que a doutrina costuma situar como di-

[†] Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ Processo Civil e Estado Constitucional.

reitos de segunda dimensão ou direitos prestacionais.

Para tanto, parte-se de uma pergunta bastante singela, cuja resposta, entretanto, certamente não o é: afinal, os direitos sociais são exigíveis? É nítida a preocupação da doutrina em afirmar a exigibilidade dos direitos sociais, situando-os como direitos fundamentais que, por esta razão, não podem ser negligenciados pelo Estado Constitucional, tendo em vista o mandamento expresso de sua aplicabilidade imediata. Entretanto, longe de superada, a questão tem ganhado contornos de verdadeiro nó górdio a partir da discussão relativa à judicialização da política e ao controle das políticas públicas.

Os capítulos que seguem não têm a pretensão de resolver este tema, apenas de sobre ele propor uma nova abordagem, de ordem processual: ainda que sejam exigíveis os direitos sociais, *como* o são? Dito de outro modo: *qual o papel do processo civil na efetivação dos direitos sociais?* Esta a pergunta que se pretende resolver com o presente trabalho.

Certo que o processo tem por escopo dar tutela aos direitos. De forma a compreender como essa relação entre direito e processo se conforma, busca-se sistematizar algumas considerações sobre o tema para, logo após, apresentar brevemente o significado conferido pela doutrina aos direitos sociais, situando-os, por óbvio, no plano material, de forma com que possam ser encarados como fins, e, portanto, tuteláveis por meio de instrumentos processuais adequados.

Assentadas as premissas necessárias, passa-se a responder à pergunta central desse ensaio: *como* podem ser exigidos, na ótica processual civil, os direitos sociais? O processo tem o condão de garantir a efetividade dos direitos sociais, a depender da concepção que sobre estes se adote, mediante tutela individual e coletiva. Busca-se, com isso, demonstrar a existência de um sistema processual idôneo à satisfação dos direitos fundamentais sociais.

1. TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS. PROCESSO E DIREITO MATERIAL

As discussões em torno das relações entre direito material e processo hodiernamente convergem para a sua compreensão a partir do binômio meio-fim. O processo civil, nessa perspectiva, é instrumento (e, portanto, *meio*) para a tutela do direito material (o *fim*).

A colocação do processo como instrumento a serviço do direito material remonta, na doutrina brasileira, às lições de DINAMARCO, cuja obra “A instrumentalidade do processo”¹ (que tem primeira edição anterior ao advento da Constituição vigente) trouxe à tona aquilo que se convencionou chamar de instrumentalismo, posteriormente considerado como a terceira fase metodológica do processo civil². Nas palavras do autor, “todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima em função dos *fins* a que se destina”³. Trata-se de perspectiva essencialmente teleológica, já que propugna uma visão de processo como “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”⁴, possibilitando “o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados”⁵. Por isso, o professor paulista ressalta:

É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

² Convém ressaltar que a impostação da teoria do instrumentalismo como “fase metodológica” remonta à obra de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011. A expressão inspira-se nas lições apresentadas em ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

⁴ Idem, p. 150.

⁵ Idem, p. 151.

*Ihe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.*⁶

Em suma, a instrumentalidade propugna ser indissociável do processualista a “visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico”⁷, a que o autor chama de escopos do processo. Exatamente por isso, a visão de bem comum e de justiça de cada nação em cada momento histórico é que determinará quais fins deverão ser tutelados. Nesse sentido, ao processo (técnica processual), compete ditar soluções que sejam “capazes de compatibilizar a busca dos diversos escopos reconhecidos e propiciar a obtenção de cada um deles, dando preponderância ao aspecto mais relevante e conveniente em cada caso”⁸.

A compreensão do processo como instrumento a serviço do direito material é nítido desenvolvimento da compreensão do papel do processo civil. Não mais um apêndice do direito material, um “direito adjetivo”⁹, como parecia à doutrina oitocentista¹⁰, nem a sua antítese, uma ciência autônoma, afastada da realidade e infensa à cultura e à sociedade¹¹, como transparece de inúmeras obras italianas e alemãs da passagem do sécu-

⁶ Idem, p. 153.

⁷ Idem, 155.

⁸ Idem, p. 317.

⁹ MITIDIERO, Daniel. Elemento para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

¹⁰ Sobre essa fase, que se denominou de praxismo, consultar: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

¹¹ Sobre a influência do processualismo no processo civil brasileiro e seu afastamento da realidade social consulte-se MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183.

lo XIX a meados do século XX. Como ressalta a doutrina, essa nova postura impõe ao processo que “sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial”¹². *Processo pensado e estruturado a partir do direito material*.

A correta compreensão do fenômeno passa pela distinção das normas que regulam a vida em sociedade (direito material) daquelas que servem a garantir a coercibilidade destas em sede jurisdicional (direito processual). No plano do direito material o Estado estabelece conseqüências que devem suceder à inobservância dos preceitos destinados a proteger certos interesses. Sancionam-se, de modo ainda abstrato, as possíveis transgressões¹³. Quando o Estado prevê determinada conduta, ao mesmo tempo também prevê que a transgressão desta pode gerar uma sanção jurídica. A norma material é que regula essas posições. Para a realização da conduta ditada pelo direito material, entretanto, pode ser necessária a utilização do aparato jurisdicional¹⁴. Como bem pondera ALVARO DE OLIVEIRA, “depois da incidência, a regulação normativa abstrata se realiza concretamente, se não cumprida voluntariamente, por meios de atuação preordenados para torná-la efetiva”¹⁵. A partir daí é que se passa ao campo do direito processual.

O plano processual (portanto, a tutela jurisdicional) deverá servir à tutela do direito, à realização do direito material.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16.

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6.

¹⁴ Em outras palavras, “o direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar também as formas que consubstanciam e especificam os atos jurídicos processuais”. LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 19-20.

¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

Deve “abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos”¹⁶, nas palavras de MARINONI. Como fica claro, é uma relação de meios e fins. Em outros termos, “a construção de um sistema processual eficaz depende fundamentalmente da verificação das necessidades no plano material”¹⁷.

A visão do processo como instrumento para a tutela do direito material e a respectiva teoria que a ela dá forma, construída na tentativa de equilibrar as relações entre processo e direito material no âmbito infraconstitucional, ganha novos contornos com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, que tem entre suas cláusulas pétreas uma série de garantias de ordem material e processual. A partir do reconhecimento da força normativa da Constituição¹⁸, passa-se a encará-la “como principal veículo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos de intermediação legislativa”¹⁹. O Estado não mais fundado na lei, mas na Constituição²⁰.

O processo civil passa, pois, a ser estudado e compreendido a partir da Constituição; o fenômeno processual à luz dos direitos fundamentais²¹. Como ressalta ALVARO DE OLIVEIRA, “impõe-se considerá-lo como direito constitucional

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 113.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.

¹⁸ Conforme CANOTILHO, a força normativa da Constituição é a sua pretensão de prevalência na solução dos problemas jurídicos, garantindo sua eficácia e permanência. CAONOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1189. Sobre o tema, igualmente, com pequenas variações e de forma mais extensa ver HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

¹⁹ DIDIER JR. Fredie. Teoria do processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: TELLINI, Denise Estrela *et ali* (org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do processo civil brasileiro. Estudo em Homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 196.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

²¹ Sobre o tema consultar o importante ensaio ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: _____. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 260-298.

aplicado”²². Jurisdição, ação e processo, conceitos tradicionais, passam a ser compreendidos a partir da teoria dos direitos fundamentais²³. Essa mudança de paradigma repercute sobremaneira, portanto, na construção do processo contemporâneo.

Se até então este era estruturado para a defesa apenas de *direitos subjetivos*, mediante um esquema de *tutela repressiva* que considerava todos os direitos passíveis de conversão em pecúnia²⁴, passa-se a necessitar de um instrumento que viabilize também *tutela preventiva*, que não tenha como foco apenas o *dano*, mas igualmente o *ilícito*²⁵, e que considere tão ou mais importantes os *direitos sem conteúdo pecuniário*²⁶.

A estrutura antes rígida do processo torna-se adaptável às peculiaridades do direito material posto em juízo²⁷. A tutela jurisdicional deve ser efetiva²⁸ e adequada²⁹ (além de tempestiva, por expresse mandamento constitucional³⁰), de forma a

²² Idem, p. 261.

²³ Esta a estruturação conferida por MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

²⁴ A crítica mais expressiva desse efetivo paradigma (na concepção dada por Kuhn) é a que se encontra em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 89-129.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 52-62.

²⁶ O exemplo típico desses direitos de conteúdo não-patrimonial é o dos direitos de personalidade. Sobre o tema consultar ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo, RT, 2000. Os direitos relativos ao meio ambiente são igualmente tratados pela doutrina a partir dessa ótica. Ver, com profundidade, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 251-280.

²⁷ Tratando do princípio da adequação ou da adaptabilidade, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil*. v. I. 12ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 68-73.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 486-487.

³⁰ A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou ao rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal o seguinte: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios

outorgar, de fato, a tutela do direito, ou seja, *garantir a fruição dos bens da vida objetos do processo*. De nada adianta um processo civil perfeitamente estruturado que consista em um fim em si mesmo, uma ciência exata, racional, mas inútil. *O processo é meio para a consecução de um fim*. Pouco importa quais sejam os fins determinados pelo direito material – prestações ou abstenções, por exemplo -, é obrigação do legislador processual, do julgador e do executivo conferir meios idôneos para que esses fins possam ser atingidos. Isso não significa uma pretensão de neutralidade do processo; ao contrário, significa uma preocupação constante em garantir que todos os direitos outorgados “no papel” pelo legislador constitucional e infraconstitucional possam ser, na prática, efetivados. Disso resulta que “mais prestigiado e acatado será, destarte, o Direito Processual Civil quanto mais se mostrar capaz de servir, com presteza e eficiência, aos ditames do direito material”³¹.

Entretanto, como bem ressalta CALMON DE PASSOS, “o direto procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo material preexistente”, uma vez que a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim: “antes se reconduz a uma relação de integração”³². Isso porque a própria juridicidade de um ordenamento depende da possibilidade de exigir-se o cumprimento das normas materiais. Daí deriva o fato, bem observado por PROTO PISANI, de que o direito substancial – no plano da efetividade, da juridicidade, não somente da previsão escrita no papel – existe na medida em que o direito processual predisponha procedimentos, formas de tutela jurisdicional, adequadas às necessidades reais de

que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³¹ THEODORO JR., Humberto. Divagações em torno do tema ‘direito e processo’. In: _____. *Direito e processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 44.

³² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

tutela dessas situações específicas³³.

As relações entre o processo civil e o direito material, portanto, são duplamente circulares³⁴: de um lado, o direito material ilumina o direito processual que, pela atividade jurisdicional, devolve o direito material, já de forma qualificada pela irreversibilidade externa, dissolvendo a incerteza e resolvendo o problema que é posto à apreciação do Poder Judiciário; de outro, o direito processual é condicionado à existência de normas materiais (pois o *meio* só existe em função do *fim*), assim como a juridicidade do direito substancial depende da predisposição de instrumentos idôneos à sua satisfação (o *fim* só é atingido se existentes *meios* idôneos para tanto).

2. SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E A SUA EXIGIBILIDADE

A temática relativa aos direitos sociais e sua exigibilidade é talvez aquela em que mais profundamente as relações entre direito e processo demonstrem sua complexidade, no que tange à necessária existência de mecanismos eficazes de tutela. Antes de adentrar ao cerne do problema proposto, entretanto, faz-se necessário tecer breves considerações com vistas a situar os direitos sociais nesse discurso.

A Constituição de 1988 trouxe inovações em inúmeros âmbitos; dentre esses, talvez o mais estudado pela doutrina brasileira nos últimos 25 anos seja o dos direitos fundamentais. Elencados de forma exemplificativa nos artigos 5º e 6º pelo Constituinte, podem ser encontrados, entretanto, ao longo de toda a Carta Constitucional. O fenômeno não é somente brasileiro, tendo em vista que a grande maioria das Constituições do pós-guerra, de alguma forma, contempla previsões expressas

³³ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed., Nápoles: Jovene Editore, 2002, p. 6.

³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

de direitos fundamentais³⁵. Não à toa, diz-se que “o Estado Constitucional moderno é cada vez mais um Estado de direitos fundamentais”³⁶.

Os direitos fundamentais nada mais são do que posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados³⁷. Tem em sua fundamentalidade *dupla qualificação: formalmente* fundamentais, pois reforçados e diferenciados em relação ao que se verifica no caso de outras normas constitucionais; *materialmente* fundamentais, pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo e na perspectiva das opções do Constituinte³⁸. Enfim, são posições jurídicas (ou que possam a estas ser equiparadas) que foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, pela sua relevância.

O esforço maior da doutrina tem sido no sentido de sistematizar os direitos fundamentais, de acordo com as suas características, uma vez que, como ressalta BOBBIO, “além da mal definível e variável, a classe dos direitos do homem é também heterogênea”³⁹. Para tanto, tem-se proposto algumas divisões. É de conhecimento geral a teoria que propugna uma nova universalidade dos direitos fundamentais, dividindo-os em gerações sucessivas, as quais “traduzem, sem dúvida, um proces-

³⁵ Ressalte-se que a profusão de estudos acerca dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, como preferem alguns, ainda que transpareça certo consenso doutrinário e positivo quanto à sua centralidade, longe está de superar a questão. Prova disso são os escritos de Michel Villey, dissonante na literatura especializada, por criticar, justamente, o próprio conceito de direitos humanos. Sobre o tema ver: VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁶ MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 322.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 266.

³⁸ Idem, pp. 267-268.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 19.

so cumulativo e qualitativo”⁴⁰. A ênfase é no desenvolvimento dos direitos fundamentais, razão pela qual igualmente utilizada a classificação em dimensões (excluindo-se, assim, as possíveis incompreensões que podem derivar da utilização do termo geração⁴¹).

A primeira dimensão é a dos direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, tradicionalmente compreendidos como direitos a abstenções estatais, que tem por objeto preservar determinados bens ou valores reputados naturais, inalienáveis e universais – como a vida, a liberdade e a propriedade, são oponíveis ao Estado, tem como titulares o indivíduo ou a coletividade e “traduzem-se como faculdades ou atributos” que “ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”⁴².

Os direitos de segunda geração/dimensão são os direitos sociais, que, na precisa análise de SARLET, “caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc.”⁴³. Como ressalta FER-

⁴⁰ Sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais e sua divisão em gerações ver, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 562-572.

⁴¹ Nesse sentido a crítica de TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Os novos rumos do direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: SAFe, 2005, t. 6, pp. 622-625. Igualmente, em outro trabalho, o autor assim pontuou: “O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma sucessão, mas antes de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos”. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Estudos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: SAFe, 1995, p. 33.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 563-564.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 261.

RAJOLI, são *aspettative positive di prestazioni*⁴⁴ que “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais”, já que são estas prestações que “criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade”⁴⁵. Não se trata de liberdade do e perante o Estado (como nos direitos de primeira dimensão); ao contrário, cuida-se de liberdade (da possibilidade de seu exercício) por intermédio do Estado⁴⁶.

A tradicional distinção entre os direitos de primeira dimensão (de cunho negativo) e de segunda dimensão (de cunho positivo) tem sido relativizada pela doutrina. Se é verdade que na grande maioria dos casos, haverá de fato um cunho negativo nos direitos de primeira dimensão, verdadeiro também o fato de que há uma série de direitos ditos “sociais” que não se tratam propriamente de prestações estatais, principalmente aqueles relativos às garantias conferidas ao trabalhador, as chamadas ‘liberdades sociais’⁴⁷.

De outro lado, como observa a doutrina, “tanto os direitos sociais quanto os direitos civis e políticos demandam por parte do Estado, ainda que em pesos diferentes, obrigações negativas e positivas (que custam)”. Existem direitos civis e políticos que igualmente pressupõem obrigações positivas: “é o caso do acesso à justiça e do direito de voto que, para que se tornem fruíveis, dependem da criação de condições materiais e institucionais por parte do Estado”⁴⁸. CANOTILHO é quem

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 743

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 262.

⁴⁸ GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais. Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51. Sobre esta relativiza-

tenta desmistificar a distinção entre abstenções e prestações estatais:

Um primeiro aspecto carecedor de reflexão prende-se com a repetida associação da estrutura jurídica dos direitos sociais – direitos a pretensões jurídicas – com a ‘reserva dos cofres financeiros’. Mas o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento. Se estas duas dimensões fossem indissociáveis então não se compreenderia que certos direitos – como o direito de acesso aos tribunais – pudessem tranquilamente ser considerados como direitos directamente aplicáveis e, não obstante isso, esteja dependente de prestações estatais (tribunais, processos, patrocínio judiciário, etc.).⁴⁹

Prosseguindo nesse contínuo de desenvolvimento, parte da doutrina propugna a existência de direitos de 3^a⁵⁰, 4^a⁵¹ e mesmo de 5^a geração⁵². Mesmo assim, face à abertura material

ção da clássica distinção direitos de defesa e direitos prestacionais ver, com muita propriedade, SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: _____. (org.). O Direito Público em tempos de crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 150-153.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 108-109.

⁵⁰ Seriam os direitos fundamentais de 3^a dimensão os direitos de fraternidade e solidariedade. Sobre o tema ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 569-570.

⁵¹ No rol dos ditos de direitos de quarta geração ou dimensão estariam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571. A doutrina inclui, a partir de posto de vista diferente, os direitos relativos à bioética nesse rol. Sobre o tema ver: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 83 e ss.

⁵² Dentre estes, para OLIVEIRA JUNIOR, poderiam incluir-se aqueles ligados à era da globalização cibernética, à era da internet, que pressupõem o transbordamento das fronteiras. Ver: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e*

do catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal (art. 5º, §2º, CRFB), trata-se de ainda de um caminho aberto, que pode vir a ser preenchido caso a interpretação constitucional consiga reconstruir o sentido normativo dos dispositivos constitucionais - e dos tratados internacionais - identificando normas fundamentais de conteúdo diverso⁵³.

Os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, ostentam uma *multifuncionalidade*. De um lado, em uma *perspectiva jurídico-objetiva*, apresentam-se como normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam a sua fundamentalidade, funcionando como um reforço da eficácia normativa dos direitos fundamentais, uma verdadeira eficácia irradiante⁵⁴. De outro, funcionam também a partir de uma *perspectiva jurídico-subjetiva*, na medida em que para o titular de um direito fundamental se abre um leque de possibilidades que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra, cuidando-se de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas, potencialmente exigíveis do Estado⁵⁵.

Outra característica diz respeito aos seus *destinatários*. Uma vez que “influem em todo o Direito”, “servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em

novos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 83 e ss.

⁵³ A afirmativa parte da premissa de que *texto e norma* não se confundem, sendo as normas o resultado da outorga de sentido ao texto, conferida pelo operador. Sobre o tema ver GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 101. A seguinte passagem é igualmente ilustrativa da premissa adotada: “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38). Note-se que referida perspectiva permite uma conformação natural da Constituição ao desenvolvimento da sociedade.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 144-145.

⁵⁵ Idem, pp. 150-152.

prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais”⁵⁶. Vinculam, assim, *Judiciário, Executivo e Legislativo*.

Superado o problema da divisão em dimensões ou gerações, e entendidos os direitos sociais como parte igualmente importante do todo (os *direitos fundamentais*), resta compreender em que medida são eles faticamente – no plano prático, portanto – efetiváveis. Há inúmeras formas de enfrentar o problema posto. É de BOBBIO a afirmação segundo a qual o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”⁵⁷. Daí resulta uma maior preocupação na *efetivação* dos direitos fundamentais e não tanto em sua *justificação*.

Apresenta-se, enfim, o problema de serem ou não exigíveis os direitos sociais. A pergunta formulada por CANOTILHO é sintomática da existência de um campo fecundo para análise: “em que medida um ‘direito a prestações’ (‘posição jurídica-prestacional’) como o direito à educação se pode considerar como dimensão relevante do ‘programa normativo’ de um direito subjectivo pessoal?”⁵⁸.

A solução tradicional, que teve enorme acolhida pela doutrina é, certamente, aquela de ALEXEY, para o qual haverá uma posição de prestação jurídica definitivamente garantida se (1) esta é exigida de forma muito urgente pelo princípio da liberdade fática e (2) o princípio democrático e da separação de poderes (3), assim como demais princípios materiais opostos, sejam afetados de maneira relativamente reduzida pela garantia

⁵⁶ HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: _____. (org.). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 24.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 63.

jusfundamental da posição de prestação jurídica em concreto⁵⁹.

Na esteira de ALEXY, afinal, tratam-se os direitos sociais de efetivos direitos subjetivos do cidadão contra o Estado? De início, ressalte-se que “não há nada na estrutura normativa dos direitos sociais que o impeça conceitualmente de ser uma espécie de direito subjetivo”. Por essa razão, não há nada que “o impeça por definição de beneficiar-se do regime jurídico próprio dos direitos subjetivos em sentido técnico”⁶⁰. Ao tratar da utilização do conceito de direito subjetivo pela teoria constitucional, BARROSO afirma que a partir da ideia de efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos seriam verdadeiros “direitos subjetivos constitucionais”, que “investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma”⁶¹.

Ocorre que solução desse alvitre apenas desvia o foco do problema, uma vez que dependem da existência de um conceito comum de direito subjetivo. Tanto o é que, mesmo considerando possíveis as restrições, há na doutrina quem defenda sejam os direitos sociais considerados verdadeiros direitos subjetivos⁶². Independentemente da discussão a respeito do conceito de direito subjetivo (que, registre-se, ultrapassa o âmbito de estudo do presente trabalho)⁶³, parece-nos mais adequado veri-

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495.

⁶⁰ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: _____. (coord.) *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20005, p. 129.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional, pp. 244-245.

⁶² “Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão” (BANDEIRA, DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56).

⁶³ Para um tratamento aprofundado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos

ficar o os parâmetros - e não os rótulos -, uma vez que são estes que determinarão a efetivação direta ou não dos direitos sociais. Como ressalta CANOTILHO:

A simples afirmação da aplicabilidade directa não afasta a necessidade de um suporte rigoroso dos pressupostos dessa aplicabilidade. Considere-se os seguintes pontos de partida: (1) a aplicabilidade directa não significa que as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias configuram direitos subjectivos, num sentido clássico, de direitos absolutos, mas, (2) de qualquer modo, elas conferem ao particular o direito de invocarem estas normas consagradoras de direitos e, neste sentido, se afirma que os direitos fundamentais transportam em regra direitos subjectivos; (3) a aplicabilidade directa não dispensa um grau suficiente de determinabilidade, ou seja, um conteúdo jurídico-constitucional, em que se defina o âmbito de protecção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos e, ainda, as dimensões fundamentais das restrições necessárias à harmonização de direitos conflituantes.⁶⁴

Para o autor português, “as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis desde que possuam suficiente determinabilidade”⁶⁵. Não possuindo, acabam por perder juridicidade, previsibilidade normativa e clareza – além de potencialmente afrontar à igualdade. A determinabilidade passa, portanto, a pressuposto do próprio sistema de direitos. Sem a sua presença, por certo, “não há aplica-

vos ver ALEXEY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173 e ss.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 146-147.

⁶⁵ Idem, p. 147.

bilidade directa; sem aplicabilidade directa não há positividade ou normatividade reforçada; sem normatividade reforçada fica perturbada a mensagem directiva da Constituição”⁶⁶.

Assumindo-se como inevitável a indeterminação das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais, há quem proponha que o critério de aferição da posição normativa definitiva seja o da urgência da situação, “ponderando-se o que poderia acontecer se a necessidade demandada não fosse satisfeita, utilizando-se para tanto argumentos contrafáticos”⁶⁷. Outra solução alvitrada é a de LEIVAS, que ressalta a utilização do conceito de necessidades básicas do indivíduo como ponto de equilíbrio para a justiciabilidade dos direitos sociais⁶⁸. De outro lado, parte da doutrina propugna um limite à justiciabilidade directa dos direitos sociais, que consiste na chamada reserva do possível⁶⁹ (reserva de justiça até o limite dos custos disponíveis). Por fim, fala-se também na proibição de retrocesso, entendida como princípio implícito da nossa Constituição, como meio de garantir a efetividade dos direitos sociais, ainda que mediante a irradiação de uma eficácia negativa, consistente na proteção contra supressão e erosão pelos poderes constituídos, das conquistas jurídico-sociais⁷⁰.

Solução que congrega elementos de todas acima expostas

⁶⁶ Idem, pp.148-149.

⁶⁷ GESTA LEAL, Rogério. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

⁶⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 142.

⁶⁹ Em monografia específica sobre o tema KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Registre-se, ainda, a excelente coletânea de ensaios, já em sua segunda edição, voltada para o tema: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 108-109.

é a de SARLET, para quem “na esfera de um padrão mínimo existencial” deverão ser reconhecidos direitos subjetivos definitivos a prestações, “admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada”⁷¹.

Resta relativamente clara uma delimitação do âmbito da discussão. O mínimo de consenso que se pode extrair da análise da doutrina, portanto, é a afirmação segundo a qual *os direitos sociais são exigíveis, ao menos no que diz respeito ao seu conteúdo mínimo ou núcleo duro*: a ordem jurídica garante um direito ao “mínimo existencial”⁷². Na outra ponta, a grande e mais impositiva restrição é aquela relativa ao custo inerente a estas prestações garantidas constitucionalmente: daí exsurge o conhecido limite da “reserva do possível”.

CANOTILHO, no entanto, mostra-se relativamente pessimista, em estudo mais recente, quanto às suas ideias, uma vez que para ele a estruturação consolidada dos “esquemas de racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino), são o exemplo típico de que a constituição social directora precisa de novos arrimos jurídico-dogmáticos”⁷³. Não obstante o autor ainda afirme que “a juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais”⁷⁴,

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 320.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 25 e ss.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição social”). In: _____. (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁷⁴ Idem, p. 19.

o mestre português demonstra uma tentativa de ressystematização do problema da exigibilidade dos direitos sociais a partir da ideia de “direcção constitucional social”⁷⁵: para ele, “impõe-se discutir o modo como se assegura a direcção jurídica – política da concretização dos direitos constitucionais sociais”⁷⁶, partindo-se da premissa metodológica de que esse institucionalismo jurídico caminha ao lado de outros instrumentos (financeiros, organizatórios, por exemplo).

Ou seja, ao lado da concretização judicial, aparecem novas formas de efetivação dos direitos sociais como o do respeito às boas práticas de governança e a definição dos níveis essenciais de prestação social como instrumentos metodológicos para o aplicador (e talvez primordialmente para o próprio executivo).

Tendo em vista que, com algumas variantes⁷⁷, este é o estado da doutrina pátria e mesmo estrangeira, não há maiores digressões a fazer, exceto pela ressalva de que a sintonia fina necessária entre as limitações e o terreno de justiciabilidade será sempre aquela do caso concreto⁷⁸. Parece-nos, pois, que a questão resta superada, uma vez que é lugar-comum na doutrina a impositação do problema na moldura da tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CRFB). Ocorre que, como bem ressalta LEIVAS, isto não resolve “o nó

⁷⁵ Idem, p. 26.

⁷⁶ Idem, p. 26.

⁷⁷ Há, entretanto, quem defenda que não há, em nenhum caso, direito *prima facie* à prestação por parte do Estado. Exemplificativamente, LOBO TORRES: “A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos. LOBO TORRES, Ricardo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

⁷⁸ Com ênfase na justificação necessária na opção casuística, ARANGO: “la suficiencia de las razones validas para justificar um derecho definitivo, sólo puede determinarse balanceando las razones a favor y em contra em cada caso concreto”. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 309.

górdio da dogmática dos direitos fundamentais sociais: a possibilidade de existirem prestações fáticas positivas judicialmente invocáveis”⁷⁹.

Mesmo admitindo-se a possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais (dentro da moldura de relativo consenso proposta pela doutrina)⁸⁰, resta ainda pendente de resposta questão, ao nosso ver, igualmente problemática: qual o *modo* de sua exigibilidade judicial? Em outras palavras: “uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra coisa é determinar quais os modos ou formas de proteção desse direito”⁸¹. Uma vez delineadas as características normativas dos direitos sociais (analisados em abstrato), e colocada sua eficácia normativa no plano material, volta-se, assim, à pergunta central: sendo os direitos sociais exigíveis (supondo que de fato o sejam), *como* o são? O ordenamento contempla a possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional dos direitos sociais?

3. TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Uma vez assentada a verdadeira *circularidade de influências entre direito material e processo*, e apresentada a conceituação, caracterização, estruturação e localização dos direi-

⁷⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

⁸⁰ Não há como deixar de atentar ao fato de que, ao fim e ao cabo, serão o caso, suas peculiaridades e a justificação fornecida pelo órgão judicial os verdadeiros bancos de prova da legitimidade ou não da efetivação direta dos direitos sociais. Como ressalta MICHELON, “la controversia sobre la justiciabilidad de los derechos sociales no es simplemente una controversia sobre cuáles son los órganos estatales que deben distribuir ciertos bienes sociales a los ciudadanos. Es más bien una controversia sobre la naturaleza de los argumentos racionales que se deben emplear para decidir sobre esta distribución”. MICHELON JR., Claudio. Introducción. Derechos Sociales y la Dignidad de la igualdad. *Doxa. Discusiones: Derechos sociales*, n. 4, 2004, pp. 11-12.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 58.

tos fundamentais sociais no plano de nosso ordenamento, passa-se à resposta direta à questão proposta por este trabalho. Supondo-se sua exigibilidade, qual o *modo* de efetivação dos direitos sociais no plano judicial? De forma mais direta, *quais os meios predispostos pelo Estado Constitucional para a tutela jurisdicional dos direitos sociais?*

Considerando-se acertada a premissa de que o processo civil contemporâneo deve preocupar-se em estruturar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos, uma vez que “no Estado Constitucional, mais importante do que teorizar sobre as ações de direito material, é pensar a respeito das formas de tutela devidas pelo Estado para a proteção dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais”⁸², eventual construção doutrinária acerca dos direitos sociais não poderá prescindir do estudo dos *meios* estruturados para sua efetivação⁸³.

Não há como tratar das técnicas processuais sem analisá-las a partir da ideia de adequação. Como veremos adiante, a depender da concepção adotada sobre os direitos sociais (problema de direito material, portanto), resultará possível distinguir os meios idôneos à satisfação desses direitos. O exame da *adequação* (ou não) das soluções processuais adotadas depen-

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 867.

⁸³ Isso porque, na acertada observação de MARINONI, “a titularidade de um direito deve significar uma posição juridicamente protegida, para a qual são imprescindíveis formas de tutela ao direito. Vale dizer que importa mais do que afirmar que existe direito ao meio ambiente sadio, saber que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória na forma específica, assim como vale mais do que estabelecer que há direito à honra, deixar claro que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória em razão do dano moral”. MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 869. A construção não poderia ser mais adequada à temática dos direitos fundamentais sociais.

derá dos *fins* que estes pretendem promover⁸⁴.

3.1. PERSPECTIVA TRADICIONAL: A TUTELA JURISDI-CIONAL INDIVIDUAL DOS DIREITOS SOCIAIS. EM ES-PECIAL: A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.

Na tutela individual dos direitos sociais, aparece como ineliminável a ideia de urgência. Entendidos os direitos sociais como *direitos subjetivos* do cidadão perante o Estado, compreendida esta como uma relação típica de direito/prestação, não há como deixar de pensar no papel da técnica antecipatória.

Como não poderia deixar de ser, também o processo civil recebe influência do meio e é a partir das matrizes culturais de cada experiência jurídica que se desenvolve o direito processual civil. Houve o tempo, entretanto, em que se tentou extirpar do direito moderno a sua relação com a cultura. A partir do século XVII, fixa-se o paradigma científico da modernidade⁸⁵. O seu método de trabalho seria o de criar uma ciência exata desvinculada do seu tempo. Ou seja, tentava-se aplicar o método das ciências naturais para as chamadas ciências sociais. O projeto tinha a intenção de tornar a ciência humana infensa à

⁸⁴ Como ressalta PORTO, “o instrumento, portanto, para que possa cumprir sua finalidade há de ser adequado, vale dizer: o processo necessariamente para que possa cumprir a missão de realizar o direito há que se adequar objetiva e subjetivamente tanto à natureza do direito posto em causa, como à qualidade das partes, ou seja, se individual o direito haverá de possuir o processo certas características próprias do segmento debatido e assim sucessivamente, considerando se é coletivo, se é disponível, se é indisponível e tantas quantas forem as descobertas ou redescobertas impostas pela realidade jurídica” PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 182.

⁸⁵ Sobre isso, VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 586. e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 92

cultura. O paradigma moderno⁸⁶, visto sob a ótica do processo, aparece com um método próprio (o processualismo).

O processualismo, que representa a pandectística no contexto do processo⁸⁷, ao contrário, é um movimento de conceitos lógicos, legitimado a partir do direito romano clássico, que buscava a consolidação de temáticas infensas aos valores sociais com um intento de purificação do próprio direito, a partir do seu distanciamento do caso concreto, com base na premissa da univocidade da lei e da completude do ordenamento jurídico⁸⁸.

Entretanto, em meados do séc. XX, uma série de fatores culturais⁸⁹ produziu uma verdadeira mudança metodológica no direito e, conseqüentemente, no direito processual civil. Se o paradigma até então vigente buscava, fundado na pureza dos conceitos, uma ciência processual autônoma em relação ao direito material, a partir daí há um *turning point*: a ação passa a ser vista sob o prisma da utilidade do provimento jurisdicional⁹⁰. Não basta a sentença; o direito de ação é o direito a um plexo de situações jurídicas (demandar, contestar, interpor recurso, etc.)⁹¹, é um direito compósito. Isso ocasionou, no Brasil, uma também renovada perspectiva metodológica⁹². O direi-

⁸⁶ Sobre o conceito de paradigma, seus desdobramentos e sua importância para o próprio método científico ver KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 6ª Ed. São Paulo: Perspectiva. 2001, p. 29-55.

⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 35 e ss.

⁸⁹ Dentre eles, o mais flagrante é o advento das Constituições sociais que, dando azo a uma nova geração de direitos fundamentais, trouxe uma série de garantias ao processo modificando-o, assim como ao Direito, como um todo.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 163-313.

⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139/140.

⁹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

to de ação passa a ser visto como um direito fundamental⁹³. Os direitos fundamentais, no Estado Liberal Clássico, eram tidos apenas como prestações negativas do Estado. Hoje, em um modelo de Estado Social, os Direitos Fundamentais comportam prestações positivas do Estado⁹⁴.

Se o direito de ação não é apenas o direito ao julgamento de mérito⁹⁵, mas o direito a uma adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos, não há como negar que, considerado o direito social como um *direito subjetivo* do cidadão, haverá a possibilidade de se conferir tutela jurisdicional desse direito, de forma satisfativa antecipada. O processo civil, agora pensado à luz do direito material⁹⁶, deve atender às peculiaridades do direito material e nele é que deve residir a sua própria razão de ser, razão pela qual deverá o processo engendrar técnicas que permitam a efetivação dos direitos sociais.

Não há como prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva sem que haja previsão de técnicas processuais tendentes a tutelar de forma urgente direitos urgentes. Aqui reside a grande tônica da tutela individual dos direitos sociais: a urgência. Essa necessidade impõe a possibilidade de sumarização da cognição para realização imediata do direito pleiteado, o que significa a superação do vínculo entre ordinariedade, processo de conhecimento e racionalismo⁹⁷, cujas conseqüências até pouco tempo ainda reverberavam no direito brasileiro. O Código de Processo Civil de 1973 em sua redação anterior às reformas de 1994 e

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 210.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 67; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 182 e ss.

⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 46.

⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.143. . Sobre isso, ainda: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6/7

seguintes, o Código Buzaid⁹⁸, impunha que o juiz somente pudesse julgar a lide ao encerrar-se a relação processual. Pressupunha-se, portanto, a necessidade de esgotamento da instrução (e conseqüente obtenção de “certeza”) para a prolação de uma decisão sobre o mérito. Só após a obtenção dessa “certeza” é que haveria a possibilidade de atuação no mundo dos fatos.

Em suma, os mitos da ordinariedade e da *nulla executio sine titulo*, que impregnavam - até hoje ainda influenciam - o processo de uma verdadeira ojeriza às decisões fundadas em verossimilhança, devem ser afastados quando se pensa na necessidade de dar efetividade ao processo, de dar tutela aos direitos fundamentais sociais. O desenvolvimento dos institutos processuais demonstrou que, na cautelar, há uma pretensão à segurança, independente daquela que se veicula pela busca da tutela satisfativa⁹⁹, razão pela qual não é este o meio adequado para a tutela satisfativa provisória de direitos urgentes. Ao contrário, na concessão de medidas antecipatórias, o que se está a prestar é satisfação da própria tutela que se busca ao final (seja ela cautelar ou propriamente satisfativa), em um momento anterior, mediante cognição sumária, tutelando, portanto, face à urgência ou à evidência, um direito provável em detrimento de um direito improvável¹⁰⁰. A função e a estrutura das tutelas cautelar e antecipatória (*rectius*, técnica antecipatória) são, portanto, diferentes.

Nesse caldo cultural aparece a técnica antecipatória do art. 273, CPC. Antecipar decisões finais significa dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição¹⁰¹. Ou seja, há

⁹⁸ Sobre isso, MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183.

⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61 e ss.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 49.

¹⁰¹ A expressão é utilizada por Teori Zavascki: ZAVASCKI, Teori Albino. *Anteci-*

aqui uma justificação constitucional à possibilidade de antecipação da tutela final. Isso porque “*o plano técnico do processo, a realização das diretrizes constitucionais do processo, é necessariamente vinculado ao modelo que a Constituição reserva para ele*”¹⁰². Nesse sentido é que se insere a técnica antecipatória: meio pelo qual, pelo processo, busca-se garantir a efetividade das garantias constitucional-processuais¹⁰³.

Assim, pode-se definir a técnica antecipatória como o meio pelo qual se antecipa determinado provimento definitivo (que se quer obter ao final do processo), em vista da necessidade de garantia de tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos. Ou seja, a técnica antecipatória funciona como meio de garantia da prestação de uma tutela do direito alinhada com as exigências do Estado Constitucional.

Os direitos sociais, assim, na grande maioria dos casos em que instado o Judiciário a decidir sobre questões envolvendo direitos individuais, serão tutelados mediante tutela satisfativa antecipada, mediante a utilização de técnicas antecipatórias, mormente aquelas do art. 273, CPC e 461, CPC.

Essa solução, entretanto, parte da ideia de subjetivo e acaba por privilegiar o caso concreto, não permitindo uma solução adequada para a totalidade dos problemas. Trata-se de uma desconsideração das escolhas do legislador (orçamento) em prol de uma justiça particular. A estruturação dos direitos sociais na lógica do direito/prestação pode ser efetiva apenas nessa perspectiva, vez que não resolve o *déficit* de tutela dos direitos resultante do permanente descumprimento dos comandos constitucionais. Nessa toada, aparece como solução diversa a tutela coletiva dos direitos sociais.

pação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68.

¹⁰² SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 6/7

3.2. PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA: A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS. EM ESPECIAL O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

A colocação dos direitos fundamentais sociais como direitos coletivos *lato sensu*, seja enquadrando-os como direitos individuais homogêneos (em casos específicos de repetição de demandas individuais com base na mesma pretensão) ou como direito difusos – e portanto de toda a coletividade – permite uma conciliação mais adequada entre a ideia de separação de poderes, de fundamentalidade dos direitos sociais e de isonomia.

Posicionado como direito coletivo *lato sensu*, especificamente direito difuso, partindo da classificação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, obviamente, os direitos a prestações do Estado podem inserir-se na ótica da tutela coletiva, fazendo parte daquilo que se convencionou chamar de microssistema processual coletivo¹⁰⁴.

Esse microssistema é caracterizado, no *âmbito material*, pela superação do paradigma¹⁰⁵ da modernidade estruturado na concepção do indivíduo como único sujeito passível de ser titular de direitos e pela inserção da coletividade no rol de preocupações da sociedade pós-moderna. Surgem como marcas desse processo o ideal de acesso à justiça¹⁰⁶ e a consciência de que o interesse público, entendido como interesses da coletivi-

¹⁰⁴ A utilização da expressão microssistema para o arcabouço normativo que rege os processos coletivos é de franca aceitação na doutrina brasileira. Ver, por todos, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: v.4*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

¹⁰⁵ Sobre o conceito de paradigma, seus desdobramentos e sua importância para o próprio método científico ver KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 6ª Ed. São Paulo: Perspectiva. 2001, p. 29-55.

¹⁰⁶ Sobre o problema do acesso à justiça e seus desdobramentos, por todos, CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

dade, deve ser tutelado a partir do respeito aos direitos fundamentais garantidos expressamente ou não pela Constituição Federal¹⁰⁷.

Em suma, um microsistema de proteção dos direitos da coletividade. Nessa toada, como consagrados direitos materiais de conteúdo e natureza diversos dos direitos individuais, comportam a necessidade de estruturação de procedimentos que levem em conta essas peculiaridades e, portanto, se adaptem às especificidades do direito posto em causa.

No *âmbito processual*, assim, estrutura-se um microsistema permeado pela ideia de processo justo, entendido este como o modelo mínimo de conformação do processo do Estado Constitucional (que é democrático e de Direito), que impõe deveres organizacionais ao Estado nas suas funções legislativa, judiciária e executiva de forma a tutelar de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos.

Em suma, o processo capaz de garantir que “*as partes participem em pé de igualdade, com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em procedimento público e com duração razoável*”¹⁰⁸. Ocorre que, face à diversidade dos direitos materiais tutelados e à impossibilidade de prática de um procedimento único e padrão para a tutela dos direitos, não há previsão de um rito único para a tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Ainda que se fale em um microsistema de tutela coletiva, certo é que há uma série de leis que disciplinam ritos diversos para a tutela de direitos coletivos. Como bem ressaltam Fredie Didier Jr e Hermes Zanetti Jr, “*há procedimento especialmente criados para servir às causas coletivas*”¹⁰⁹. A essa

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo – 7ª Ed. Rev. e Atual.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 45.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: RT, 2012, p. 619.

¹⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito*

pluralidade de fontes normativas dentro do microsistema agrega-se o conteúdo do Código de Processo Civil.

Como se sabe, o problema aqui envolve a tutela coletiva, entendida como a resolução coletiva de demandas de massa. Toda a questão partiu da constatação de que o ideal do processo individual não fazia frente às exigências de uma sociedade tão dinâmica e massificada. Clássico sobre a matéria é a obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁰. Publicada originalmente em 1978, traduzida ao português em 1988, o texto retrata os desafios para a administração da justiça no final do século XX e antecipa problemas que seriam verificados já no século XXI¹¹¹.

A obra aponta dezenas de dificuldades para a realização do “*mais básico dos direitos humanos*”, qual seja o acesso à justiça, entendido como um requisito fundamental “*de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos*”¹¹².

Os autores trabalharam a resolução desses entraves a partir das conhecidas três ondas do “enfoque de acesso à justiça”. A primeira onda objetivava o acesso à justiça para os pobres e pode ser tida como vitoriosa, na medida em que países como o Brasil fortaleceram nos últimos anos instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Serviços Universitários de Assistência Judiciária Gratuita, contribuindo sobremodo para a aproximação das camadas menos favorecidas ao Poder Judiciário. A segunda onda almejava a “*representação dos interesses difusos*”. Por fim, a terceira batizava-se de “*novo enfoque do acesso à justiça*”, cujo método “*não consiste em*

processual civil: v.4. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 43

¹¹⁰ *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: a General Report*. Milano: Giuffrè.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

*abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso*¹¹³. Os autores, neste passo, destacavam o papel dos aplicadores e a importância da constante inovação. Dentre as medidas sugeridas para a adequada representação dos interesses difusos, constavam a “*ação governamental*”, a “*técnica do Procurador-Geral Privado*” e a “*técnica do Advogado Particular do Interesse Público*”.

É fácil observar como as constatações e as críticas dirigidas ao sistema individualista daquele momento histórico floresceram no Brasil. Aqui, houve uma nítida separação da carreira dos procuradores, encarregados da defesa das pessoas jurídicas de direito público, do papel dos promotores, aos quais foi incumbida a defesa dos interesses difusos e da ordem jurídica, etc.

Em que pese não termos um Código de Processo Coletivo, a despeito de tantos projetos interessantes, é fácil constatar a presença de um Sistema de Processo Coletivo, forjado a partir da interpretação sistemática de importantes leis específicas: Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, muito especialmente.

Há preocupação dos magistrados com a maturação de remédios jurídico-processuais, capazes de oferecer à sociedade uma proteção coletiva eficaz, especialmente em demandas repetitivas oriundas de descumprimentos de previsões orçamentárias para concessão de medicamentos ou de vagas em escolas, por exemplo. A tutela dos interesses coletivos, mormente aqueles oriundos dos conflitos de massa (nos quais se inserem uma série de conflitos oriundos da exigência de tutela dos direitos fundamentais sociais), tem sido objeto de grandes transformações no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese não se descarte a possibilidade de propositura de Ações Civis Públi-

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68.

cas, Ações Populares, Ações de Improbidade Administrativa ou mesmo demandas cominatórias contra o Poder Público, um dos remédios que poderia ajudar na tutela dos direitos fundamentais sociais é justamente o Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento que, não dispensando a satisfação do direito coletivo *lato sensu* ofendido, serve tão-somente para *regular o modo como deverá proceder à sua efetivação*¹¹⁴.

Conferiu-se a possibilidade de assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta entre o órgão legitimado a propor a ação coletiva e o interessado, a partir da inserção, pelo art. 113, da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor, do § 6º ao art. 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

Art. 5º - § 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A pessoa física ou jurídica de direito público ou privado imputada responsável por um dano (ou ameaça) a interesse coletivo *lato sensu* deverá assumir obrigações para evitar ou reparar determinado dano. Haverá, aí, um ajustamento de sua conduta às exigências legais¹¹⁵. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso: *“É dizer, a “transação” possível é aquela que possa ser feita ao pressuposto de que o interesse metaindividual venha resguardado em sua parte nuclear e substancial, ou seja: que o resultado prático alcançado com o cumprimento do ajustamento de conduta coincida ou fique o mais próximo possível daquele que seria obtido com a*

¹¹⁴ DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. 5ª Ed. JusPodium, Salvador, 2010, p. 323.

¹¹⁵ “O termo “acordo” retrata melhor a finalidade do “compromisso de ajustamento de condutas” do que o termo “transação”. (...) Ao contrário do termo “transação”, parece-me que o termo “acordo” não conduzirá a equívocos de interpretação, pois retrata a celebração de um ajuste e não induz a despojamento de direitos indisponíveis em questão.” (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, pág. 379-380).

execução forçada do julgado”.¹¹⁶

O instrumento tem eficácia de título executivo extrajudicial, com fulcro no art. 585, CPC¹¹⁷. Difere, portanto, da transação homologada em juízo, também possível, que gera um título executivo judicial e tem a característica de formação da coisa julgada material. No TAC, por outro lado, o que ocorre é o ajustamento de um novo estado de coisas a ser seguido, fulminando, assim, com a pretensão (seja coletiva ou individual) à modificação do *status quo ante* em termos diversos do ajustado.

Como se vê, é uma relação de obrigatoriedade entre o ajustamento e a assunção de obrigações por parte do sujeito que firma o TAC. De modo algum os direitos individuais são lesados; ao contrário, com o reconhecimento da necessidade de uma mudança na conduta do agente responsável pelo dano, busca-se tutelar de forma definitiva e coletiva direitos de uma coletividade. O órgão legitimado a propor a ação coletiva é quem tem a legitimação para impor o cumprimento das obrigações necessárias mediante ação executiva, mantendo-se, assim, a necessária coerção ao cumprimento, inclusive por meio de multas. A tutela do interesse coletivo, portanto, se dá de forma totalmente eficaz.

Há uma série de outros institutos que servem, no âmbito do microsistema de tutela coletiva à tutela dos direitos fundamentais sociais. Todos eles proporcionam um controle maior da destinação dos recursos orçamentários, privilegiando uma justiça universal. A resolução coletiva das questões permite, ainda, uma maior ênfase à ideia de socialidade, ínsita à temáti-

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural dos Consumidores*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 331

¹¹⁷ “Os órgãos públicos legitimados para proporem a ação civil pública poderão tomar dos interessados o compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, prevendo-se cominações em caso de não cumprimento. Esse compromisso tem eficácia de título executivo extrajudicial” (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, pág. 378).

ca dos direitos, agregando-se a isso um incremento em isonomia. Por certo, todos esses benefícios inserem a tutela dos direitos sociais em um patamar elevado de controle democrático das instâncias de poder, permitindo uma interação entre órgãos e atores do cenário político de forma mais direta.

O exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta, assim como o da tutela jurisdicional mediante ações coletivas, serve para ilustrar a possibilidade de superação do paradigma do individualismo no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais, permitindo que os comandos constitucionais sejam de fato levados a efeito para todos e não somente para aqueles que ajuízam demandas judiciais. Trata-se de medida necessária na medida em que se vislumbra uma crise do modelo de justicialização individual das demandas sociais, tanto pelo custo (econômico e de carga de trabalho), quanto pelo *déficit* isonômico, além da efetiva desorganização que a permanente sucessão de ordens judiciais de congelamento, pagamento e sequestro confere ao orçamento dos órgãos encarregados da administração pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de tentar responder definitivamente às questões envolvendo a justiciabilidade dos direitos sociais, o presente texto tem por objetivo apenas trazer uma nova abordagem ao tema da tutela jurisdicional dos direitos sociais.

Como forma de concluir, resta clara a ligação inequívoca entre processo e direito material, de modo que tratar da exigibilidade dos direitos sociais (acaso a resposta à pergunta seja positiva) é tratar do *modo* como estes podem ser tutelados pelo ordenamento jurídico. Nessa medida propôs-se uma classificação entre tutela jurisdicional individual dos direitos sociais (baseada na concepção de que os direitos sociais configuram direitos subjetivos) e tutela jurisdicional coletiva dos direitos

sociais (baseada na concepção de que os direitos sociais são direitos difusos).

