XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diego Mongrell González; José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Ricardo Augusto Bonotto Barboza.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-607-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase como ponto de maior destaque das inovações, à adoção da doutrina do Precedente Judicial.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil.

Atenciosamente,

José Alcebiades De Oliveira Junior (Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões);

Diego Mongrell González (Universidad de Buenos Aires);

Ricardo Augusto Bonotto Barboza (Universidade de Araraquara);

Orlando Luiz Zanon Junior (Universidade do Vale do Itajaí).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NA CONTEMPORANEIDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES

PUBLIC CIVIL ACTION AND GUARDIANSHIP OF TRANSINDIVIDUAL RIGHTS IN CONTEMPORANEITY: LIMITS AND POSSIBILITIES

Cristiano Becker Isaia [1]
Higor Lameira Gasparetto [2]

Resumo

Esta investigação consiste num estudo sobre a ação civil pública enquanto procedimento de tutela dos direitos transindividuais e suas limitações a partir de um visão crítico-reflexiva, limitando-se à compreensão de sua insuficiência procedimental, bem como à necessária construção de respostas corretas diante do ideário do Estado Democrático de Direito. À vista disso, o trabalho objetiva investigar as raízes jusfilosófica do processo civil e relacioná-las com a ação civil pública, a fim de responder ao seguinte: Quais os limites e possibilidades para uma ação civil pública efetiva e adequada à tutela transindividual? Para tanto, o trabalho emprega a abordagem fenomenológico-hermenêutica, o procedimento de pesquisa bibliográfico e, como técnica, os resumos. Ainda, utiliza-se como teoria de base a hermenêutica filosófica, centrada na Crítica Hermenêutica do Direito. Ao final, conclui-se que a estrutura procedimental limita a efetividade da ação, porquanto atrelada à filosofia racionalista. Outrossim, sua possibilidade de efetividade passa pela garantia de respostas corretas.

Palavras-chave: Ação civil pública, Direitos transindividuais, Processo civil, Racionalismo, Resposta correta

Abstract/Resumen/Résumé

This investigation examines public civil action as a procedure to protect transindividual rights and its limitations from a critical-reflexive perspective, limiting itself to understanding the procedural insufficiency of action and the necessary construction of correct answers in the face of the ideals of the Democratic State of Law. In view of this, this paper aims to investigate the legal-philosophical roots of civil procedure and relate them to action in order to answer the following: What are the limits and possibilities for an effective and adequate public civil action for transindividual protection? Therefore, methodologically, this study employed a phenomenological-hermeneutic approach, the bibliographical research as procedure and employed abstracts as the technique. Furthermore, philosophical hermeneutics

---

[1] Pós-Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da UFSM. Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Advogado.

[2] Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Professor no Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Advogado.

were used as the basis with Critical Hermeneutics of Law as a conductor. In the end, it's concluded that the procedural structure limits the effectiveness of action, as it's linked to rationalist philosophy. Otherwise, its possibility of effectiveness passes through the guarantee of correct answers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public civil action, Transindividual rights, Civil procedure, Rationalism, Correct answer

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é cada vez mais complexa e dinâmica. Nela, as interações se transformam constantemente e o direito deve estar apto a tutelá-las. Nesse contexto, e à vista da gama de direitos trazida pelo constituinte de 1988, são necessários instrumentos eficientes para a tutela dos direitos transindividuais, pertencentes à coletividade, que não podem ser protegidos da mesma maneira com que se protegem os direitos individuais. Se no pós-revolução francesa o Estado Liberal era absenteísta, de atuação negativa, e no Estado Social que lhe sucedeu no tempo há maior atuação na busca dos direitos sociais, na contemporaneidade espera-se ainda mais. O reconhecimento de novos direitos, frutos das transformações da sociedade conduz à diferentes exigências por parte do Estado, especialmente no que se refere à proteção de grupos indeterminados de sujeitos.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, um importante instrumento de tutela transindividual é a ação civil pública (ACP). Ocorre que essa ação de procedimento especial se encontra, até então, aprisionada ao que se denomina de paradigma racionalista, ou seja, voltada ao cuidado de direitos individuais, com um rito baseado no procedimento comum, extenso e de cognição exauriente, o que pode levar à inefetividade da tutela transindividual.

Considerando esse cenário, o tema dessa investigação concentra-se em um estudo sobre a ação civil pública enquanto procedimento especial de direitos transindividuais e as suas limitações a partir de um visão crítico-reflexiva, tendo como pano de fundo a hermenêutica filosófica. À vista da temática levantada, o estudo limita-se na compreensão da insuficiência procedimental da ação civil pública, no que se refere ao seu aprisionamento no paradigma racionalista, bem como da necessária construção de resposta corretas (constitucionalmente adequadas) diante do ideário do Estado Democrático de Direito, para a adequada tutela de direitos transindividuais.

Considerando o tema exposto, bem como sua delimitação, o presente trabalho busca responder ao seguinte questionamento: Quais os limites e possibilidades para uma ação civil pública efetiva e adequada à tutela transindividual? A partir da temática proposta e a fim de responder ao questionamento levantado, essa pesquisa tem por objetivo geral investigar as raízes jusfilosóficas do processo civil e relacioná-las com a ação civil pública.

Em termos metodológicos, considerando a temática proposta e sua delimitação sob uma perspectiva crítico-reflexiva, no que se refere a abordagem, adota-se a fenomenologia-hermenêutica. Não se fala, pois, em método propriamente, mas sim em modo-de-ser-no-mundo, a partir do que lecionam Heidegger (2015) e Gadamer (2015), sendo a linguagem condição de

possibilidade para a inserção do sujeito nesse mundo e, por consequência, a sua adequada compreensão dos fenômenos jurídicos para além da subjetividade.

Assim, será possível construir uma compreensão crítico-reflexiva, considerando a historicidade, a tradição e a interação dos elementos a serem estudados com o presente (faticidade), em que está inserido o intérprete-investigador, conduzido pela hermenêutica filosófica. Referente ao procedimento se utiliza da pesquisa bibliográfica e documental, com a leitura da bibliografia e o manejo da legislação vigente. Para a pesquisa bibliográfica a técnica consiste na elaboração de fichamentos e resumos e na sistematização da legislação atinente ao tema. Finalmente, fechando o quadrinômio metodológico, a pesquisa adota como teoria de base a hermenêutica filosófica, tendo como fio condutor a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, por sua vez alicerçada em Heidegger e Gadamer.

Destarte, a justificativa deste trabalho repousa na urgente investigação sobre as condições de possibilidade para a efetividade da ação civil pública em razão de sua atual ligação com o paradigma racionalista, voltado à salvaguarda de direitos individuais, o oposto do que propõe a Lei. Ainda, justifica-se o estudo pela compreensão do modus decisório em ações que discutem direitos tão relevantes, que transcendem as partes, refletindo em toda a coletividade.

A par do exposto, o trabalho estrutura-se em três capítulos. No primeiro, estuda-se a ação civil pública enquanto ação constitucional de tutela dos direitos transindividuais. No segundo capítulo, tem-se por foco verificar de que maneira a ação civil pública ainda se encontra arraigada ao paradigma racionalista. Por fim, no terceiro capítulo é apresentada a teoria da resposta correta de Dworkin, a partir da releitura de Streck. Tudo isso com a finalidade de verificar de que forma a decisão judicial possui relevância diante das problemáticas estruturais da ACP, denunciadas ao longo do estudo.

1 INSUFICIÊNCIA ESTATAL E ATUAÇÃO JURISDICIONAL: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA ENQUANTO PROCEDIMENTO DE TUTELA *TRANSINDIVIDUAL*

Desde o segundo pós-guerra mundial institui-se no ocidente um novo movimento constitucionalista, que culminou com a Constituição de 1988 e a instituição de um Estado Democrático de Direito com direitos emergentes, especialmente transindividuais. Ao mesmo tempo, a sociedade desenvolveu-se de modo exponencial, conectando-se em inúmeras redes, constituindo uma nova morfologia social, o que Castells (2019) chama de sociedade em rede.

Dito isso, é necessário entender de que maneira a ação civil pública (ACP) se relaciona com esse estado da arte. Ou ainda, de como ela está intimamente ligada com os direitos na

sociedade em rede (CASTELLS, 2019), funcionando como procedimento usualmente utilizado para transferir ao Poder Judiciário a consecução de direitos e garantias fundamentais e, dentre eles, a proteção aos direitos transindividuais. Para cumprir tal desiderato, neste capítulo são explorados os aspectos dogmáticos da ACP. Mas antes, é preciso revisitar alguns pontos históricos para compreender o porquê da existência desse instrumento.

O problema da tutela adequada dos direitos transindividuais não está(va) adstrito ao Brasil. Ao abordarem os problemas do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1998) referem um problema básico: em muitas oportunidades o direito a ser buscado ou reparado é muito importante para todos em conjunto, mas de difícil mobilização individual. Visando enfrentar de forma prática os problemas do acesso à justiça – dentre eles o da tutela coletiva – Cappelletti e Garth (1998, p. 28) apresentam as ondas renovatórias do acesso à justiça. A segunda onda que se apresenta relevante aos objetivos deste estudo: a representação dos interesses difusos.

Ao explicarem a segunda onda de acesso à justiça, os autores argumentam que "a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 49), devendo ocorrer uma verdadeira "revolução" dentro do processo civil. A vocação do processo, estritamente voltado a duas pessoas, deveria ser repensada, para que pudesse fazer frente aos litígios de direito público. Assim, os autores (CAPPELLETTI; GARTH, 1998) apresentam reformas operadas nos Estados Unidos entre os anos 1965 e 1970 que contemplaram essa segunda onda, voltada aos interesses difusos.

Com efeito, Zavascki (2017, p. 35) refere que "foi o legislador brasileiro [...] que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, a "revolução", mencionada por Cappelletti e Garth [...]." Para o processualista "foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos" (ZAVASCKI, 2017, p. 35-36).

A essência desta ação é, portanto, a proteção de direitos transindividuais, que transcendem a mera relação entre sujeitos particulares, foco da maior parte do sistema de tutela jurisdicional. Theodoro Junior (2020, p. 1071) argumenta que "o surgimento das ações coletivas é fruto da superação, no plano jurídico-institucional, do individualismo exacerbado pela concepção liberal [...]". Ainda sobre a origem da tutela coletiva, Neves (2020, p. 41) pontua que seu foco eram os direitos transindividuais, sendo apenas permitida a tutela de direitos individuais mediante um rigoroso juízo de conveniência e oportunidade.

É dizer, a natureza jurídica deste procedimento é de ação coletiva, que pode ser manejada em face de quem seja o ofensor destes direitos. Embora não se possa confundir ação

coletiva com ação civil pública, a ACP é, dentre os procedimentos de tutela de direitos coletivos, o instrumento com o rol de cabimento mais amplo. Mas, ao se realizar uma leitura atenta da Lei da ACP, o que se vê é que não há diferença substancial entre seu procedimento o processo civil comum. Esta é, inclusive, a disposição do artigo 19 da referida Lei, que prevê que "aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (*sic*), naquilo em que não contrarie suas disposições" (BRASIL, 1985).

De fato, a Lei merece ser louvada pelo contexto no qual foi editada. Entretanto, nota-se que as disposições sobre o procedimento (sequência ordenada de eventos) da ACP são relativamente limitadas, dispondo basicamente sobre a legitimação e alguns requisitos para a investigação dos fatos a serem ajuizados. Há breves disposições sobre a coisa julgada e sobre a execução da sentença, mas nada que avance rompendo o estado da arte da jurisdição comum.

A ordinariedade (que será abordada adiante), mostra-se presente. O exaurimento da cognição também está arraigado no procedimento da ACP. Diferenciando-se em alguns aspectos do procedimento comum do Código de Processo Civil (CPC), essa ação classificada como de "procedimento especial" pouco avança para romper com os velhos dilemas da jurisdição processual. Portanto, a grande questão que se apresenta é: onde se verifica, no procedimento descrito acima, substanciais alterações quando comparado às ações civis comuns? Por certo, nos legitimados ativos e passivos, na extensão da coisa julgada e na execução. Fora isso, nada mais. E é justamente neste ponto que reside a problemática. O processo civil atual ainda está aprisionado ao paradigma racionalista, onde o liberal-individualismo impera, com um procedimento voltado para a tutela de direitos estritamente individuais.

Com efeito, o movimento constitucionalista operado no ocidente (mencionado acima) e que forjou a Constituição de 1988 optou por edificar no Brasil um estado interventor, com o foco em efetivar os direitos fundamentais-sociais e cumprir missões constitucionais. Pode-se afirmar, com Streck (2014, p. 47), que "no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser [...] um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica." Nesse ponto, transfere-se com frequência a responsabilidade de cumprir tais missões ao Poder Judiciário, onde o Executivo ou o Legislativo falham. É dizer, as omissões do legislador e as inércias do administrador passam a poder, em casos específicos, ser supridas pelo Judiciário, mediante ferramentas jurídicas constitucionalmente reconhecidas (STRECK, 2014, p. 65).

Essa constatação se intensifica na sociedade em rede (CASTELLS, 2019) em que os direitos transindividuais como educação, saúde, bem-estar, trabalho e meio ambiente são constantemente modificados pelas alterações da estrutura social. É o fenômeno que decorre,

segundo Picardi (2008), da vocação do nosso tempo para a jurisdição: onde há lacunas legislativas, falta de atuação administrativa etc. o judiciário atua. Essa é sua vocação. Assim, "podemos dizer que nos encontramos agora em presença de um fenômeno de jurisdicionalização de toda uma série de atividades sociais que pareciam, ao menos em parte, entregues a outros poderes do Estado" (PICARDI, 2008, p. 11) Logo, a ACP se transforma em mais do que um procedimento especial previsto antes mesmo da Constituição de 1988, mas sim, condição de possibilidade da própria proteção e reparação da sociedade como um todo.

Do exposto, infere-se que a ACP assume papel de destaque na busca de concretização dessas promessas constitucionais, principalmente devido à natureza dos direitos por ela protegidos. Assim, mostra-se relevante que se adote uma posição substancialista no enfrentamento dessas promessas constitucionais. Destarte, pode-se mencionar que a ACP é a ação de tutela coletiva mais abrangente e utilizada no Brasil. Todavia, ela não guarda características que estejam à altura dos desafios jurídicos que ela se propõe a tutelar. Isso porque como destacado, seu procedimento, regido por legislação especial, em pouco se difere daquele comum, previsto no CPC. É dizer, ainda que voltada a tutela de direitos coletivos, a ACP se estrutura sob as bases jusfilosóficas que fundamentam um processo voltado à tutela individual.

Portanto, é chegado o momento de compreender por que isso (ainda) ocorre. Para tanto, é necessária uma adequada investigação sobre as raízes da jurisdição processual, abarcando suas fases históricas e seus dogmas. Com a compreensão dessas bases, será possível perceber, ainda que de forma incipiente, os limites e possibilidades para se falar em efetividade da ACP.

2 HISTORICIDADE, PROCESSO E O PARADIGMA RACIONALISTA: A PROBLEMÁTICA *PROCEDURAL* DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O atual Estado Democrático de Direito nasceu imbuído com a missão transformadora de realidades sociais. Ao mesmo tempo, reconhecendo uma gama de direitos transindividuais forneceu os contornos jurídicos para a atuação dos três poderes da República. Entre eles, a jurisdição se destaca como um ambiente da concretização dessa missão. A par disso, neste momento pretende-se aprofundar o estudo na jurisdição processual, tendo como norte a compreensão da complexidade jusfilosófica nela envolvida. Isso porque há o reflexo dessa complexidade em todos os procedimentos processuais, dentre os quais a ação civil pública. O conteúdo normativo, ilustrado pelos artigos das leis, é reflexo de uma historicidade que por vezes esconde raízes desconhecidas pelos aplicadores do direito. Assim, busca-se estudar quais

as razões históricas que mantém a ACP presa à filosofia do racionalismo[1] e à ordinariedade, próprios do liberal-individualismo. O objetivo é entender de que maneira a conjuntura social e política da época contribuiu o movimento filosófico que subsidiou a formação do conhecimento e imprimiu reflexos diretos no direito e no processo.

Partindo da modernidade, ponto em que o Estado se constitui como ente dotado de *corporificação* é de se destacar, inicialmente, a fase do liberalismo processual, fundada no pós-revolução francesa. Naquele panorama o Estado absolutista havia imprimido atrocidades perante a sociedade e o que se buscava era o absenteísmo das instituições, calcado no ideal de limitação do poder. Por isso, a "a teoria tripartida dos poderes construiria a casa onde se protegeriam os direitos de liberdade individual, dando suporte a um Estado constitucional que se organizaria a partir da separação dos poderes [...]" (ISAIA, 2017, p. 125).

Esse panorama é abordado por Isaia (2009, p. 130), para quem a expressão central "[...] é limite, cujo significado garante que o Estado, em tal modelo, jamais poderá afrontar a liberdade individual [...]." Há, portanto, uma verdadeira subordinação do poder ao controle jurídico pelo Estado, recém instituído (ISAIA, 2009, p. 130). Essa subordinação à lei foi instituída pelo constitucionalismo emergente da doutrina contratualista, que determinava uma atuação estatal sem voluntarismos dos governantes ou juízes, mas apenas da lei. Com efeito, segundo Isaia (2017, p. 127) as influências do estado liberal no direito processual civil foram determinantes. Desta forma, pode-se falar na primeira fase do direito processual moderno, o liberalismo processual. Para Isaia (2013, p. 82), esta fase se forja no contexto de busca pelo Estado mínimo, das revoluções burguesas do Século XVII e nela o processo civil era escrito e conduzido por um juiz nitidamente subordinado à vontade da lei, à quem era vedada a interpretação e a manifestação de vontade.

Nesta fase processual há o primeiro indício da forte relação entre processo e método, aponta Isaia (2013, p. 83), pois ocorre "a filiação intelectual desse modelo de juiz, nesse ambiente processual, ao método da subsunção, capaz de corromper a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo [...]". No liberalismo processual, para além do método científico que se desejava no processo, com um juiz reprodutor da vontade da lei e restrito a subsunção, há a vocação para a tutela dos casos individuais. Como é cediço, naquele contexto afloravam os direitos individuais, de modo que o processo se voltava a proteção destes, com seu *método* bem definido, ilustrado pelo procedimento ordinário, ordenado e ritualizado.

[1] A filosofia do racionalismo será estudada ao longo desse capítulo. Importa adiantar que se trata de um movimento filosófico ocorrido na modernidade, no âmbito daquilo que Silva (2006) chama de paradigma racionalista, onde se buscou racionalizar as todas as ciências com fundamento nos métodos próprios das ciências matemáticas.

Essa construção do processo liberal passa pelo fenômeno das codificações, produto dos desígnios de um "legislador iluminado" (SILVA, 2006), que tudo previa e por isso fornecia a estabilidade e a segurança para as relações sociais. Contra o império da lei não era permitida a atuação do juiz. Nessa linha, Nunes (2009, p. 73) pontua algumas características dessa fase: sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, dentre eles a igualdade formal; a escritura (processo escrito); e o princípio do dispositivo (vedação da produção da prova de ofício pelo magistrado); tudo para manter a imparcialidade e o comportamento passivo do juiz.

Dito isso, tem-se que no avançar do tempo uma nova fase de processo se inaugura acompanhando a evolução do Estado, de absenteísta para de bem-estar social, com a consequente modificação no reconhecimento dos direitos. Assim, instituiu-se a fase da socialização processual, em que o processo contava com um magistrado supervalorizado, solitário, com amplos poderes de condução da lide e, por consequência, com a diminuição do protagonismo das partes, refere Isaia (2013, p. 87).

Essa modificação na estrutura e vocação do processo se deu em razão das novas dinâmicas sociais que se implantaram e com a constante necessidade de efetivação dos novos direitos de atuação positivas. Por tais razões esse Estado interventor foi instado a utilizar da jurisdição processual para atender aos anseios sociais. Assim, devido a ampliação da tutela jurídica e da conflituosidade, o ambiente processual ganhou novos contornos, destaca Isaia (2017, p. 157). Da mesma forma, Nunes (2008, p. 17) pontua que ocorreu uma transição entre um processo escrito e de propriedade das partes (liberal) para um processo seguidor das perspectivas da oralidade, do autoritarismo e do delineamento de um ativismo judicial ao longo do trâmite processual, passando o processo a ser instrumento da jurisdição (social).

A socialização (ou publicização) do processo, que passou a ser ferramenta da jurisdição para a tutela das demandas sociais, conferiu maiores poderes aos juízes, de modo que ela representou uma ruptura (ainda que não total) ao que Isaia chama de esclerose funcional do Poder Judiciário liberal (ISAIA, 2013). Logo, pode-se sumarizar a socialização processual da seguinte maneira, segundo Isaia (2013): aumento significativo dos poderes do juiz, que passa a ser positiva, forte e irrestrita; crescimento da oralidade e diminuição da escrita; imediatidade física do juiz; processo simplificado; juiz executor da "justiça social" e não reprodutor da lei.

Todavia, apesar dessa mudança significativa na concepção do processo e em suas características estruturantes, a socialização processual não superou totalmente alguns dos problemas e deficiências da fase liberal anterior. Da mesma forma, o problema da discricionariedade judicial não se extinguiu com a superação do liberalismo pela socialização. Se antes o juiz boca da lei não interpretava e apenas reproduzia, no âmbito da socialização

processual ele virou protagonista, com poderes especiais para criar o direito a partir de suas convicções. Nos dois modelos há problemas no tocante à decisão judicial.

Essas problemáticas ainda se fazem presentes na contemporaneidade, contribuindo para que ações especiais como a ACP mantenham-se atreladas à obstáculos como a ordinariedade, a morosidade e a discricionariedade dos julgadores. Com efeito, o que se verifica no ambiente processual hodierno é um arraigamento ao paradigma do racionalismo (SILVA, 2006), alinhando ao modo de produção do direito fundado no liberal-individualismo (STRECK, 2014), o que traz prejuízo ao procedimento de uma ação especial que se propõe a tutelar direitos transindividuais. Embora a fase do processo social tenha imprimido uma nova dinâmica às relações processuais, as raízes racionalistas permaneceram.

A compreensão desse fenômeno que ainda hoje atinge a jurisdição processual carece de um retorno ao momento histórico anterior à socialização. Como destacado, no contexto de revolução francesa no século XVII procurou-se o máximo afastamento das arbitrariedades perpetradas pelo monarca absoluto, o que culminou com a criação de um sistema de processo o mais rígido, formal e fechado possível. E neste contexto revolucionário e em meio ao iluminismo crescente foram forjados os filósofos que teorizaram sobre a formação do estado, com influência direta nesta estrutura de jurisdição.

Daquele contexto histórico são extraídas duas premissas importantes que auxiliam na compreensão da força racionalista para (e no) o processo. Inicialmente, com a reforma religiosa protestante se deu nova significação para o dinheiro e para as relações econômicas e de produção (vocação do sujeito) (SILVA, 2006, p. 63). Isso fez com que ocorresse um redirecionamento da relevância antes depreendida à religião para os sujeitos, detentores de direitos individuais, num movimento humanista-individualista (SILVA, 2006, p. 63).

Ademais, o capitalismo crescente no âmbito do Estado Moderno, capitaneado pela burguesia, trouxe consigo a necessidade de regras claras que lhes conferissem segurança e não atrapalhassem seu crescimento. E o processo seria o instrumento para a concretização desses direitos do burguês. Isso porque com a "vocação" do sujeito ele poderia ganhar mais dinheiro, aí entendido também como expressão de virtude e eficiência (SILVA, 2006, p. 63). Em segundo lugar, os teóricos da ciência política que se consolidaram como referência na formação do conhecimento buscaram imprimir no direito o método e a exatidão das ciências matemáticas, como forma de "cientificar" o direito. Isso porque todo e qualquer fenômeno deveria ser cientificamente comprovado. Essa é a essência racionalista, como afirma Silva (2006, p. 69), para quem a influência exercida pelas filosofias racionalistas no processo civil

> [...] tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Este foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, consequentemente da retórica forense, em favor da racionalidade das 'verdades claras e distintas' de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico (SILVA, 2006, p. 69).

Em suma, a filosofia do racionalismo tem por base o capitalismo nascente com as revoluções burguesas ao mesmo tempo em que sofreu a influência do movimento renascentista (e seu produto, o humanismo) e da Reforma Religiosa (SILVA, 2006, p. 68). Isso porque era necessário garantir a estabilidade das relações, com a manutenção do *status quo*. E isso era relevante naquele contexto de superação das dificuldades vivenciadas pelo período anterior.

A partir dessas colocações, a cientificidade demonstrável passou a ser o mote de todo o conhecimento, que transferiu o núcleo de justificação do divino para o homem, motivo pelo qual pode-se afirmar que "todas as filosofias desse período, independentemente de suas recíprocas diversidades, às vezes profundas, foram racionalistas" (SILVA, 2006, p. 73-74). Consequentemente, há um legítimo paradigma racionalista, forjado naquele contexto, mas que ainda impera no âmbito do direito processual. Com efeito, o racionalismo sedimentou dois princípios, de natureza política e filosófica, que irradiaram efeitos sobre o direito e o processo civil, destaca Silva (1997, p. 104-105): a) predomínio absoluto do valor segurança em face do valor justiça; b) formação do espírito científico moderno ao ocidente, resultando na "completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática" (SILVA, 1997, p. 105).

Desta forma, os reflexos do racionalismo para o direito processual civil, passados séculos das doutrinas filosóficas referidas, ainda são muitos. Com Silva (2006), é possível enumerá-los, de forma exemplificativa: em primeiro lugar, está o aprisionamento do processo ao "método", sendo que o juiz apenas pode(ria) alcançar a "verdade" após o exaurimento desse método; em segundo, a dificuldade com que o sistema processual admite tutelas preventivas (e provisórias), que não combinam com o exaurimento metodológico racionalista; em terceiro, pode-se apontar a ordinariedade e a plenariedade com que se reveste o sistema, que praticamente não admite modalidades diferentes de contraditório; ainda, a sistemática recursal, que desprivilegia a justiça de primeiro grau em face da autoridade "superior" dos tribunais.

Destarte, a consequência do racionalismo é a criação e a mantença de um procedimento ordinário, rígido e sacralizado, que não admite subversões e busca, ao fim, a exatidão e o exaurimento ilustrados na sentença de mérito. Isso acarreta o afastamento hermenêutico do intérprete da singularidade dos casos, considerando que o método sempre chega tarde

(STRECK, 2017, p. 327). Com efeito, o diagnóstico da jurisdição processual elaborado por Silva (2006) também é abordado por Streck, Raatz e Dietrich (2017). Explorando uma das vertentes racionalistas, a ordinariedade, os autores dizem que

> [...] à luz do paradigma da ordinariedade o processo não é outra coisa senão condição de possibilidade para o desenvolvimento democrático da função jurisdicional, mas, sim, como um método, que, na melhor acepção cartesiana, acaba transformando o processo em um fenômeno incapaz de lidar com as peculiaridades do caso concreto. Nesse viés, é reforçada, ainda, a noção de um juiz preso ao paradigma da filosofia da consciência, tudo a partir de uma concepção meramente instrumental da linguagem (STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017, p. 319).

A problemática da ordinariedade revela-se presente no direito processual civil brasileiro, a despeito das modificações legislativas. A figura do procedimento comum, com poucos espaços para formas diferenciadas de tutelas é o retrato da situação. No ponto, entrelaçando as premissas de Silva (2006) com a filosofia, Streck, Raatz e Dietrich (2017, p. 325) destacam que a "a ordinariedade é, assim, um fenômeno metafísico, na medida em que Descartes, como já se disse, acreditava ter construído um método hábil para extrair a verdade das coisas. Trata-se do sujeito cognoscente alcançando, através de um método, a verdade."

Assim, ao examinar direito processual civil, verifica-se no procedimento comum a figura racionalista, considerando que para que se chegue à sentença existe um procedimento formal longo e rígido, que admite decisões meritórias provisórias em oportunidades muito específicas. Ao mesmo tempo, há uma cadeia recursal longa, que sofreu poucas modificações legislativas quando do novo Código de 2015[2], além das as outras influências racionalistas.

Esmiuçando o *mito da ordinariedade*[3] à luz da processualidade vigente, Streck, Raatz e Dietrich (2017, p. 331) apontam os problemas: a) previsibilidade e rigidez do procedimento, calcada no ideário de segurança jurídica através da utilização da metodologia das ciências exatas, sem a possibilidade de adequações de acordo com as peculiaridades do caso concreto; neutralidade e indiferença às necessidades do direito material; plenariedade de cognição e o mito da ampla defesa, excluídos formas diversas de contraditório; e universalização do

[2] De acordo com Streck, Raatz e Dietrich (2017, p. 332), o CPC de 2015 trouxe mecanismos "tendentes a romper com o artificialismo processo-direito material devem ser lidos a partir de um perfil democrático de processo." Entretanto, não é possível que se afirme que houve uma ruptura paradigmática, nos termos em que abordados por Silva (2006). Há avanços, mas a estrutura da ACP, pouco foi afetada pelas mudanças.

[3] Referente à ordinariedade, tem-se que a expressão foi retirada do sistema no CPC de 2015. De fato, no CPC de 1973 existia a figura do procedimento *ordinário*, que representa a estrutura procedimental "clássica". No Código de 2015 tal expressão foi abolida, existindo, na atualidade, o procedimento comum, que substituiu o ordinário. Entretanto, a despeito da mudança nominal legislativa, a problemática denunciada por Silva (2006), Streck, Raatz e Dietrich (2017); Isaia (2017), entre outros, manteve-se presente no sistema processual. Portanto, a crítica à *ordinariedade* ainda é pertinente, motivo pelo qual manteve-se, nesse estudo, o uso dessa expressão.

procedimento comum. Contudo, a problemática desta configuração é que, em se tratando de ACP, os interesses nela contidos são, em ampla escala, transindividuais e de impacto social elevado. Logo, submeter seu procedimento ao racionalismo, que se volta para a solução de lides individuais traz inefetividade[4] da ação e prejuízo aos direitos que ela deve tutelar.

A despeito da socialização processual operada no século XX, que não superou esse paradigma, mas sim agregou novos contornos em termos de atuação jurisdicional, a ACP permanece sendo o procedimento de tutela coletiva mais importante do sistema brasileiro. Mas o seu procedimento ainda é o mesmo de 1985, fundado sob outra modelagem estatal, em que os *novos* direitos sequer eram imaginados ou não estavam no radar do Estado. Houve modificações legislativas e jurisprudências na ACP. Da mesma forma, um novo Código de Processo entrou em vigor. Todavia, tais modificações não alteraram, estruturalmente, a ação.

3 A CONSTRUÇÃO DE RESPOSTAS CORRETAS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OU DE COMO SE FALAR EM *EFETIVIDADE SUBSTANCIAL*

No decorrer dessa pesquisa se verificou que a formação e a evolução do Estado conduziram inovações jurídicas, reconhecimento de novos direitos e o desenho de uma nova morfologia social, que é em rede (CASTELLS, 2019). Nessa sociedade a tutela de direitos transindividuais deve ser a tônica do Estado; e é nesse momento que a jurisdição processual é acionada; entretanto, a ACP ainda se encontra arraigada ao paradigma racionalista, que a limita e fragiliza sua adequada utilização. Diante disso, é necessário questionar: como superar a limitação procedimental e estruturante da ACP ou ao menos atenuá-la? Longe de soluções simplistas, parte da resposta passa pela decisão judicial na ACP, que deve representar uma resposta correta (constitucionalmente adequada). Com isso, será possível mitigar as limitações, ao garantir que o Estado-juiz agirá democraticamente ao cumprir as missões constitucionais.[5]

[4] A inefetividade que aqui se está a sustentar, enquanto polo antagônico da efetividade, guarda relação com os ditames constitucionais de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB, BRASIL, 1988) e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB, BRASIL, 1988). Isso porque uma ação inefetiva é aquela que por razões procedimentais ou não acaba por não entregar respostas corretas em um prazo razoável, compatível com as necessidades da sociedade à que ela se vincula. A efetividade da jurisdição processual civil é, portanto, um direito fundamental. Nesse sentido, com Marinoni (2004 s.p.) pode-se afirmar "tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela." Desta forma, ao se referir à efetividade da ação civil pública, se busca investigar se sua estrutura procedural contribui para sua própria efetividade e, como consequência, para a concretização do direito fundamental à jurisdição efetiva e tempestiva. Portanto, após essas considerações, pode-se compreender o contexto com que a expressão "efetividade" é aqui empregado. Se um instrumento como a ACP não entrega uma resposta célere quando acionado ele mostra-se inefetivo; ou quando seu procedimento não contempla as especificidades do direito substancial a que se propõe a tutelar, igualmente, é inefetivo.

[5] Por certo é necessária uma reforma legislativa no âmbito da ACP, assim como em todo o sistema de tutela

Dito isso, esse capítulo versa sobre respostas constitucionalmente adequadas aplicadas à ACP e inicia-se por sua apresentação; adiante se abordam as condições para sua implementação e, por fim, se estuda sua dupla dimensão. Com efeito, as respostas corretas, decisões judiciais proferidas observando determinados padrões e premissas, têm por escopo blindar o jurisdicionado de atuações arbitrárias e discricionárias de magistrados quando colocados diante de casos difíceis. Para Dworkin (2010), um caso difícil é aquele para o qual não há solução imediata nas regras jurídicas positivadas. Por isso, a teoria da resposta correta surge como contraponto ao positivismo jurídico que pregava que, diante de casos difíceis, o juiz poderia escolher livremente a solução. Diz Dworkin (2010, p. 127) que no positivismo quando a ação não pode ser resolvida por meio de uma regra de direito clara, estabelecida institucionalmente, o juiz tem o poder discricionário para decidir de uma forma ou de outra.

Com efeito, esse modelo é defendido por Hart (2001) que sustenta que o direito possui vagueza, o que não permite sempre uma clara interpretação. É o que Hart (2001, p. 137-140) chama de textura aberta, algo próprio da linguagem, considerando que a legislação é geral e não contempla todos os casos possíveis. Eis aí a necessidade da discricionariedade judicial, consistente no poder de "escolha" e "criação" de regras jurídicas. Contra a corrente positivista, Dworkin (2010, p. 130) sustenta que mesmo diante dos casos difíceis o magistrado continua tendo o dever de decidir sem criar elementos de legislação, mas sim respeitando certas diretrizes.

Com esses pressupostos fixados, pode-se avançar nos conceitos que Dworkin assinala serem condições para respostas corretas: integridade e coerência. A decisão construída deve ser íntegra em relação ao sistema jurídico em que está inserida, respeitando os padrões estabelecidos pela comunidade, bem como coerente com aquilo que já se decidiu no passado e com os próprios fundamentos utilizados como razão de decidir. Assim, promove-se a garantia de coesão e blindagem do sistema para com elementos estranhos, especialmente subjetivismos.

Com base nesse ideário é que Dworkin (2014, p. 203) sustenta que "que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos". Ela é uma virtude, ao lado equidade e do devido processo legal (DWORKIN, 2014, p. 261). Ela relaciona-se com a interpretação e com a história, posto que "começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine" (DWORKIN,

processual coletiva. Diversos projetos de lei já foram propostos, porém sem avanços significativos. Exemplo é o projeto de Lei nº 5139/2009, conhecido como "Código de Processo Coletivo", que foi rejeitado pela Câmara dos Deputados. Não é demais dizer que um projeto de 2009 já nasceria defasado em relação aos novos direitos emergentes na sociedade global, como os abordados nessa pesquisa. De qualquer forma, esse estudo limita-se a compreender de que forma a decisão judicial deve ser compreendida no âmbito da ACP, mas sem ignorar o fato de que é necessária uma reforma legislativa, que a altere procedimentalmente.

2014, p. 274). É a partir disso que Dworkin (2014, p. 275) ilustra a integridade por meio da metáfora dos romancistas em cadeia: assim como os escritores devem continuar a história do ponto em que seu antecessor parou, os juízes devem seguir "construindo" a história jurídica. Não é possível que o personagem principal seja morto inesperadamente, sem respeitar a sequência da história, assim como não pode o juiz ferir a integridade do sistema ao decidir.

Sobre a integridade, Motta (2021, p. 141) afirma que se "supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado". Para Streck (2020, p. 44), a integridade "refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas [...]." De fato, "a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito" (STRECK, 2014, p. 422).

Portanto, a integridade da decisão garante a observância de toda a rede de princípios e diretrizes do sistema, de modo a manter a tradição jurídica. Ela está relacionada à interpretação do juiz, que desempenha a missão hermenêutica de voltar ao passado, quando necessário, mantendo a construção da história (jurídica) e evoluindo o sistema. Já a coerência é a garantia de observação do passado e da não contradição do juiz consigo mesmo. Para Isaia (2017, p. 272), "parte-se do pressuposto de que os juízes têm a obrigação de levar em conta o que outros juízes já decidiram em casos semelhantes àquele, submetido agora à jurisdição processual."

Dito isso, os conceitos de integridade e coerência podem ser aproximados e entendidos no âmbito da hermenêutica filosófica[6], a partir de Streck (2017), ao delinear o que é uma resposta correta (constitucionalmente adequada). Para realizar essa aproximação o autor argumenta que passados mais de vinte séculos a busca da "verdade" atravessou diversos paradigmas do pensamento, onde a metafísica clássica e a moderna foram suplantadas pelo giro ontológico-linguístico (STRECK, 2017, p. 378-381).[7]

Com essa revolução jusfilosófica, a partir de Heidegger e Gadamer, Streck refere que "a verdade passa a ter um sentido prático, uma vez que possui referências no modo prático de

[6] Em que pese Dworkin não adote a hermenêutica filosófica de Gadamer em seus escritos, é possível realizar uma aproximação entre os autores, que compartilham de certas premissas como o processo unitário de interpretação-aplicação, bem como a superação da filosofia da consciência, posicionando-se de forma contrária à discricionariedade judicial (STRECK, 2017). Nesse sentido, essa pesquisa se filia a Streck (2014; 2017), ao sustentar que há uma aproximação entre esses autores, de modo que é possível compreender o direito como integridade no universo da hermenêutica filosófica.

[7] Em apertada síntese, o giro ontológico-linguístico pode ser destacado como uma revolução paradigmática ocorrida no âmbito da filosofia, em que foi superada a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Com essa revolução, o esquema sujeito-objeto, em que um sujeito "assujeitava" os objetos que manejava, foi superado pela linguagem, que deixou de ser terceira via entre eles, passando a ser fundamento de acesso ao mundo por meio da compreensão. Para maiores aprofundamentos, consultar: STRECK, 2017; 2020.

ser-no-mundo, na faticidade, em que, por isso mesmo, não se pode dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa."" (STRECK, 2017, p. 380). Mas como afirmar o que é verdade ou o que está correto? Streck responde que "diante da especificidade do Direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto, incorreta)." (STRECK, 2017, p. 380). A correção da resposta possui uma afetação ao superior. No Brasil, a Constituição.

Dessa forma, a resposta correta (hermeneuticamente) passa pela tradição de que fala Gadamer (2015), bem como pelos pré-juízos autênticos [8] sobre o Constitucionalismo Contemporâneo e o papel do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2017, p. 381), sem esquecer o elemento *ser*, que possui sua temporalidade, inserido no seio da hermenêutica por Heidegger (2015). Uma resposta será correta quando formulada em atenção: a) à tradição da comunidade; b) à formulação de uma interpretação produtiva pelo intérprete, que respeita a história; c) à integridade e à coerência do sistema jurídico; e principalmente, será correta quando encontra sua confirmação na própria constituição. E toda essa operação interpretativa efetuada pelo intérprete, a fim de desvelar a resposta correta, se dará com sua inserção no caso concreto.

Com efeito, a partir do que aduz Heidegger (2015), o homem enquanto ser-no-mundo, em integração com outros seres e com a linguagem possui sua existência, sua faticidade, que se refere ao seu passado. Logo, o passado é o selo histórico do ser, ou seja, a faticidade; e o futuro é modo-de-ser do que somos, ou a existência (STRECK, 2020, p. 103). A partir do existencial é que toda a compreensão se forma para o ser. Para Stein (2016, p. 250), ela "é um modo de ser do ser-aí, um existencial. A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo. Toda a teoria, o ver, o compreender são derivados dessa compreensão existencial [...]." Essa compreensão é formada pela faticidade e também pela tradição e pela historicidade de Gadamer (2015). Toda essa carga existencial do *ser*, fundada no passado, em sua história e tradição, constitui um horizonte histórico. E o processo de compreensão (interpretação) se inicia pelo horizonte histórico, que "é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na 'autoalienação de uma consciência passada', mas se recupera no 'próprio horizonte compreensivo do presente'." (GADAMER, 2015, p. 404)

Logo, conclui Gadamer (2015, p. 404), na realização da "compreensão dá-se uma

[8] A explicação do que são pré-juízos autênticos é complexa e transcende os objetivos desse estudo. Cabe citar que os pré-juízos estão sempre presentes na interpretação, sendo inerentes a ela. Mas, "o sentido projetado [pelo intérprete] só pode se confirmar se ele for derivado de um pré-juízo legítimo (autêntico, verdadeiro). Pré-juízos ilegítimos geram projetos de sentido ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro." (STRECK, 2020, p. 364). De fato, o uso inautêntico de conceitos (a partir dos pré-juízos inautênticos) provoca danos ao Direito e à democracia, conclui Streck (2020, p. 366). Daí porque as respostas corretas passam pela tradição e por pré-juízos autênticos. Para aprofundamentos, consultar: STRECK, 2020.

verdadeira fusão de horizontes [...].” A fusão dos horizontes conduz à afirmação de que o “entendimento não é o ato de um sujeito ativo que projeta um significado sobre um objeto inerte, morto. Pelo contrário, presente e passado tem horizontes que podem ser juntados produtivamente [...].” (STRECK, 2020, p. 119-120). Tudo isso levando em consideração que a interpretação em Gadamer é produtiva, sendo o processo interpretativo também de aplicação. E leva em consideração a historicidade, a tradição e a faticidade. Assim, percebe-se como se dá a aproximação entre a teoria *dworkiniana* e a hermenêutica filosófica, fornecendo aos intérpretes as condições para chegarem a respostas corretas (constitucionalmente adequadas).

> [...] é possível falar em resposta correta em processo enquanto resposta hermeneuticamente correta, que poderá ser verdadeira se por verdadeira der-se a possibilidade do ser-aí (o intérprete da norma, o juiz) apropriar-se de prejuízos autênticos no instante de sua aproximação com o sistema jurídico, considerando que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita às condições de temporalidade e compreensão, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo (ISAIA, 2017, p. 259).

Portanto, tendo por bases a teoria *dworkiniana* e a hermenêutica filosófica, Streck (2017, p. 384) conclui que quando o intérprete está diante do texto normativo “sua correção deverá ser aferida a partir da Constituição, e assim é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra) será a resposta adequada à Constituição.” E essa adequação à constituição se dará pela integridade, coerência e tradição jurídica, não se afastando a inserção do *ser* intérprete nesse contexto.

Compreendidas as bases sobre as quais se fundam respostas corretas, pode-se afirmar, com Motta (2021), que elas possuem uma dupla dimensão: uma procedimental e outra substancial. A decisão, diz Motta (2021, p. 265), “deve ser resultado de um procedimento juridicamente adequado e deve ter um conteúdo juridicamente adequado”. Essa dupla dimensão também pode ser entendida como o produto de um procedimento constitucionalmente correto e ao mesmo tempo estar fundada em uma interpretação que respeite a integridade, explica Motta (2021, p. 265). Privilegia-se tanto o procedimento, como o direito material.

No que se refere à dimensão substancial, que engloba a interpretação dirigida pelo valor[9], destaca-se a relevância atribuída às práticas sociais da comunidade, de modo que esse valor que dirige a interpretação terá uma carga em cada contexto, porque interpretação é fenômeno social (MOTTA, 2021, p. 221). Assim, a interpretação de Dworkin pode ser aproximada da interpretação de Gadamer, enquanto processo unitário de interpretação-

[9] A teoria geral da interpretação de Ronald Dworkin pode ser explorada na obra de Motta (2021), que tece importantes comentários e a apresenta de maneira completa, o que foge dos objetivos dessa investigação.

aplicação[10]. E essa interpretação irá respeitar as práticas sociais da comunidade, como dispõem Dworkin (2014), e a historicidade e tradição, como ensina Gadamer (2015).[11]

Por outro lado, a dimensão procedimental refere-se, de acordo com Motta (2021), à noção de leitura moral da constituição de Dworkin, que assegura o respeito aos direitos individuais e funciona como o respeito "às regras do jogo". Isso consiste no respeito às garantias processuais, bem como a um procedimento que conduza à satisfação substancial dos direitos. Daí se falar em contraditório[12], em comparticipação, dentre outras garantias, de modo a blindar a decisão de subjetivismos e democratizá-la. Assim, respeitando essas diretrizes e aceitando que o processo deve ser hermeneuticamente compreendido, como defendem Isaia e Sito (2018), estar-se-á decidindo de forma correta, ou seja, de forma constitucionalmente adequada.

A participação efetiva é condição para que se chegue à respostas corretas. Mas ela deve ocorrer no âmbito de um processo estruturalmente adequado o que a ACP não configura. Com efeito, a problemática procedimental que aprisiona e limita a ACP ainda não será superada completamente com a concretização de respostas corretas, mas é uma possibilidade pois, com elas em sua dupla dimensão, se pode cumprir as missões constitucionais. Assim, tendo como norte a lição de Silva (2006, p. 319), para quem as ações coletivas são instrumento capaz de "exercer uma poderosa influência modernizadora do sistema processual", porque "superando a concepção da ação processual como expressão de um conflito individual, abre[m] um campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade [...]" (SILVA, 2006, p. 319), a efetividade da ACP passa por uma ressignificação de seu procedimento e pela garantia de respostas corretas. Essas são as condições de possibilidade para se falar em efetividade da ACP.[13] São seus limites e possibilidades. Se a mudança legislativa é demorada, cabe ao

[10] É esse processo que Gadamer (2015) denomina de *applicatio*. Para o autor alemão, "a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão" (GADAMER, 2015, p. 406). Daí se falar em processo unitário, o que leva Gadamer (2015, p. 406-407) a concluir que essa unidade não somente é formado pela compreensão e interpretação, mas também pela aplicação: a *applicatio*.

[11] A aproximação entre Dworkin e Gadamer também é realizada por Streck (2014; 2017) e Motta (2021). Segundo tais autores, é possível compreender a resposta correta *dworkiniana* a partir da hermenêutica filosófica *gadameriana*, tal como sustentado nessa investigação.

[12] O contraditório enquanto vetor da dimensão procedimental da resposta correta não se manifesta apenas na modalidade clássica, qual seja, o contraditório *prévio*. Há outras formas de contraditório em processo civil, tal como os diferidos, de modo que essa garantia não pode retirar do processo a efetividade que lhe é necessária, tal como denunciou Silva (2006), já citado.

[13] É importante registrar que nos últimos anos a figura do processo estrutural vem se desenvolvendo na literatura jurídica. Segundo Vitorelli (2018, p. 340), "o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural." O processo estrutural, portanto, mais do que um meio coercivo de resolução de um problema coletivo – como a falta de moradia, vagas em escolas etc. – busca uma solução estratégica e adequada à problemas coletivos, normalmente vinculados à ineficiência do Estado na prestação dos direitos sociais. De toda a forma, considerando os objetivos dessa investigação, optou-se por delimitar o exame na Lei da ACP e em suas insuficiências, a partir da teoria de

Judiciário entregar respostas corretas; e elas carecem de substância e de participação efetiva.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa teve como foco compreender a ACP para além do espectro técnico-normativo. Pretendeu-se investigar as razões históricas e filosóficas para o problema crônico que acomete a ação, para bem entender de que maneira se pode atenuá-lo. A partir do exposto, é possível perceber que a filosofia racionalista, não obstante engesse a estrutura procedimental da ACP, contribui para um desvirtuamento de seu desiderato principal, a tutela coletiva.

No campo do processo, viu-se a existência da fase do liberalismo processual, em que o processo era escrito e adstrito à lei e o juiz era um reprodutor da vontade legal. Não se permitia a interpretação, apenas a reprodução do texto. Esse processo tinha por vocação a solução de lides individuais. No caminhar da humanidade o Estado se modificou e passou a buscar a promoção de outros direitos, com uma atuação positiva. Nesse sentido, o processo se alterou, avançando para um processo social, onde o juiz era atuante e forte. Ele tinha poderes para realizar o direito e concretizar os anseios sociais. Com isso, cresceu a discricionariedade.

Na sequência histórica, o Estado passa a assumir novas feições, incorporando-as àquelas já exercidas. Especialmente após as duas guerras mundiais, e como consequência dos novos movimentos constitucionalistas ocidentais, o Estado passa a ser democrático de direito, e são reconhecidos os direitos pertencentes à coletividade. Entretanto, em países como no Brasil, de modernidade tardia, sequer os direitos sociais são efetivamente cumpridos, quanto o mais em relação aos transindividuais. Por isso, se abordou como o polo de tensão foi transferido ao Poder Judiciário, que assumiu o papel de concretizador de direitos, sendo transformador de realidades, ante as ineficiências dos demais Poderes.

Assim, se estudou como a ação civil pública ocupa papel de destaque nesse estado da arte. Surgida como uma ação eminentemente coletiva, ela serve à tutela de direitos transindividuais dos mais variados. Contudo, pode-se verificar que uma ação com essa natureza e vocação segue as mesmas previsões e orientações de uma cultura jurídica vocacionada à tutela privada e individual, fundada na filosofia racionalista.

De pose desse arcabouço é possível construir a resposta ao questionamento inicial. A

base empregada. O processo estrutural pode ser uma importante alternativa à problemática ora denunciada, o que carece de aprofundamento em outros estudos. Portanto, a partir dos objetivos e da delimitação do tema proposto, não se fez o exame do processo estrutural, optando-se por denunciar a problemática procedimental da ACP a partir da Lei vigente e relacionando-a com a teoria da resposta correta, tendo como subsídio a compreensão hermenêutica do processo judicial. Para maiores aprofundamentos sobre o processo estrutural, consultar: Vitorelli (2018).

estrutura procedimental da ACP, ou seja, sua sequência de atos e disposições, guarda relação com a ordinariedade racionalista, que na busca de verdade, segurança e previsibilidade, transforma o processo em uma espécie de método. Essa problemática revela que tal estrutura foi concebida não para os casos que a ACP se propõe a tutelar, mas sim para os direitos individuais, forjados no seio de um estado liberal e não interventor. Eis seus limites.

Por outro lado, se estudou a resposta correta. Ela que é produto de uma operação hermenêutica que privilegia a integridade e a coerência, atenta à historicidade e à tradição da comunidade, respeitando as suas práticas jurídicas; que é um contraponto ao positivismo e à discricionariedade. Ela que, além de contemplar todas essas variáveis, deve possuir uma dupla dimensão, uma procedural e uma substancial; uma que é conteudística, que desvela o direito no caso concreto a partir da interpretação produtiva do direito; e uma que respeita *as regras do jogo*, ao se revelar em produto de um *processo* adequado, que garante o contraditório e a participação. Logo, a resposta correta é uma garantia do jurisdicionado e um dever do juiz.

Dito isso, há condições para responder ao questionamento inicial: Quais os limites e possibilidades para uma ação civil pública efetiva e adequada à tutela transindividual? Em primeiro lugar, seus *limites* estão no seara procedimental, como visto. Enquanto não ocorrer a mudança legislativa, de forma a reorganizar a estrutura da ACP, ela seguirá limitada. Com efeito, a mudança legislativa não é fácil, tampouco há um modelo pronto a se entregar a partir dessa investigação. O desiderato desse estudo é proporcionar a reflexão e substratos mínimos para o debate científico sobre a ACP. O que se pode afirmar é que uma readequação do *iter* processual é relevante. Igualmente, dev-se privilegiar ambientes de negociação e composição.

Por outro lado, suas *possibilidades* estão concentradas na garantia de respostas corretas na ACP. É dizer, sem respostas corretas, a ACP deixa de ser efetiva. Assim, é de suma importância que as decisões judiciais sejam íntegras, coerentes, respeitem as duplas dimensões da resposta correta e sejam tomadas por sujeitos imparciais, que hermeneuticamente são seres-no-mundo, e realizarão o ato interpretativo de forma adequada, sem solipsismos. Esses são, pois, os limites e possibilidades da ACP. Os direitos coletivos estão em voga e têm se manifestado de forma acentuada atualmente. Logo, é necessário um processo à eles adequado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *In*: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *In*: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

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

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Medes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

ISAIA, Cristiano Becker. O legado jurisdicional da modalidade estatal liberal em pleno paradigma instituído pelo estado democrático de direito. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 14 n. 1, p. 126-137, 2009. DOI: https://doi.org/10.5020/23172150.2012.126-137. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/832. Acesso em: 27 jan. 2022.

ISAIA, Cristiano Becker. Os desafios da jurisdição processual civil no século 21. *In*: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira et. al. (org.) **Direitos emergentes na sociedade global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.

ISAIA, Cristiano Becker; SITO, Santiago Artur Berger. Hermenêutica filosófica *no* direito: por que é preciso compreender hermeneuticamente o processo judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 87-107, jul-set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5281. Acesso em: 1 fev. 2022.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Edição Especial, p. 13-30, 2008. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. 2. ed. rev. Ijuí: Unijuí, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 317-335, ago. 2017. DOI: https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p317-335. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1874. Acesso em: 01 fev. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: procedimentos especiais. 53. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. vol. 2.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 333-369, out, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.