

Independência do Judiciário na Moderna Sociedade de Massas

*Independence of the Judicial Branch
in the Modern Mass Society*

Wilson Maingué Neto*

Resumo: Como solução para a morosidade do Poder Judiciário, especialmente quando ocorrem conflitos inerentes à sociedade de massas, aventam-se frequentemente soluções que lhe retiram a independência. Esta independência consubstancia-se em uma garantia do Estado Democrático de Direito e deve de qualquer forma ser preservada, pois sem ela inviabiliza-se a própria prestação jurisdicional livre de pressões. Contudo, o impasse surge quando se vê que esta independência dá liberdade de julgamento aos magistrados. A partir desta liberdade, proliferam múltiplos entendimentos jurisprudenciais e prodigalizam-se os recursos às instâncias superiores. Como solução, sugere-se a utilização de tribunais administrativos e agências reguladoras para julgamento dos conflitos de massa e a manutenção da independência do Poder Judiciário para o julgamento dos tipos de conflitos surgidos anteriormente a esta sociedade.

Palavras-chave: Independência do Judiciário. Sociedade de Massas. Agências Reguladoras. Tribunais Administrativos.

Abstract: As a solution to the slow pace of the Judiciary Branch, especially when there are conflicts inherent to mass society, usually are suggested solutions that take its independence away. This independence constitutes a guarantee of the democratic rule of law and should at any rate be preserved, for without it, it is made unfeasible

* Mestrando na Instituição Toledo de Ensino, ITE-Bauru-SP. Especialista em em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Procurador do estado do Mato Grosso do Sul.

a free of pressures judicial decision itself. However, a troublesome situation arises when one sees that this independence gives freedom of decision for the judges. From this freedom, proliferate multiple case law understandings and are banalized the appeals to higher courts. As a solution, we suggest the use of administrative courts and regulatory agencies for the adjudication of mass conflicts and the maintenance of judiciary independence for the adjudication of the sorts of conflicts that appeared previously to this society.

Keywords: Independence of the Judicial Branch. Mass Society. Regulatory Agencies. Administrative Courts.

Introdução

180

Este texto tem como objetivo examinar os lindes da independência do Poder Judiciário na Moderna Sociedade de Massas. Começa-se explicando a importância desta independência como garantia do Estado Democrático de Direito. Em seguida, explica-se que a função da jurisdição é fazer justiça pela sintonia fina da lei. Isto ocorre quando a jurisdição desiguale os desiguais e faz pequenas modificações no conteúdo da lei para que ela fique mais justa, abrandando ou tornando-a mais rigorosa.

Contudo, o risco da independência do Judiciário é a proliferação de entendimentos na sociedade de massas, causando insegurança jurídica. Apesar disso, defende-se no texto que retirar a independência do Judiciário não é solução para a multiplicação de entendimentos. Isso porque, para conflitos anteriores à sociedade de massas, não se deve buscar a universalização de entendimentos.

O método adequado para lidar com os conflitos oriundos da sociedade de massas é o cometimento da tarefa de resolvê-los às agências reguladoras e aos tribunais administrativos, afastando-se os tribunais jurisdicionais. Neste artigo apresentam-se

várias vantagens desta solução e, por fim, conclui-se com a defesa de sua constitucionalidade, mesmo em face dos óbices do artigo 5º, incisos XXXV e LXIX e das supostas vantagens da ação civil pública.

1 Independência do Judiciário como Garantia do Estado Democrático de Direito

A independência do Poder Judiciário é uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito. Sem ela não existe nem democracia nem Estado de Direito. Para que haja democracia, é necessário que haja participação e/ou representatividade dos cidadãos na formação do Direito Positivo e que os Poderes Constituídos sejam limitados pelos direitos fundamentais¹. Para que haja Estado de Direito, é preciso que os particulares e, especialmente, as autoridades estatais, sejam eles quais forem e ocupem a posição hierárquica que forem, estejam abaixo do Direito, em síntese, um governo do Direito e não dos homens, um governo em que há a concessão de direitos oponíveis contra o Estado e com isso se consegue a adequada contenção do arbítrio dos detentores do poder².

Nesse sentido, o Poder Judiciário é uma instituição vital para a democracia e para o Estado de Direito. Para a democracia, porque é por meio da jurisdição, sua função típica de dizer o direito no caso concreto para resolver conflito entre sujeitos de direito com cunho de substitutividade e imparcialidade por uma decisão com eficácia imutável³, que os poderes constituí-

¹ TOURAINE, Alain. *O que é Democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. 286 p.

² SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um Estudo sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 80.

dos são instados ao cumprimento dos direitos fundamentais. E também porque é função do Poder Judiciário garantir que sejam respeitadas as regras do processo democrático. Em síntese, como guardião⁴ de uma constituição democrática, o judiciário vela pelo respeito às regras constitucionais que garantem o processo político e eleitoral democrático, seja por meio do contencioso eleitoral, seja por meio do devido processo legislativo.

Já para o Estado de Direito, a importância do Poder Judiciário decorre do fato de que é por meio da jurisdição que se reafirma o primado do direito sobre o intento de primazia da vontade do indivíduo. Todo poder político, social e econômico que desborde dos lindes do Direito pode e deve ser reconduzido a estes limites pelo Poder Judiciário por meio de sua jurisdição.

Vê-se logo que para proteger a Democracia e o Estado de Direito deve-se proteger a jurisdição e isso se faz por meio de garantias⁵ que são concedidas ao Poder Judiciário enquanto Poder e aos magistrados individualmente enquanto membros deste. Sucintamente, essas garantias dadas aos magistrados são a vitaliciedade – ligação do magistrado a seu cargo somente podendo perdê-lo por sentença judicial (art. 95, I da CF 88) – inamovibilidade – impossibilidade de remoção do magistrado de um lugar para outro sem seu consentimento (art. 95, II da CF 88) – e irredutibilidade de vencimentos (art. 95, III da CF 88), além dos impedimentos (art. 95 § único). Por certo que essas garantias se constituem em prerrogativas que são concedidas não em benefício dos juízes como pessoas naturais, mas para que melhor possam exercer o seu mister, justamente em razão desta função que lhes é acometida.

182

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 159-160.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 158-162.

Assim, estas prerrogativas devem ser vistas como um poder-dever⁶, vez que o titular não lhes pode renunciar. Se o titular da prerrogativa a detém, isso não é um privilégio, é um direito que pode exercer para o bom desempenho de seu *munus* público com a justificativa em seu poder-dever. Este conjunto de prerrogativas dos magistrados serve, então, para garantir-lhes a imparcialidade e a independência nos julgamentos. Para que esses sejam livres no realizar de suas funções de quaisquer pressões, decidindo apenas com vistas à lei e à sua própria consciência.

Portanto, não só para a garantia da democracia e do Estado de Direito, mas também para efetivação da justiça se faz necessária a independência do Poder Judiciário e dos magistrados. Essa justiça é conseguida pelo respeito aos princípios processuais, sendo que todos podem ser resumidos no princípio do devido processo legal⁷, do qual decorrem tanto os princípios constitucionais como os infraconstitucionais do processo. Não se farão aqui maiores divagações a respeito desses princípios, até porque isso escaparia aos lindes deste estudo, mas se e quando houver necessidade, serão examinados, aqui e ali, tais princípios atinentes.

No que diz respeito ao princípio do devido processo legal, este divide-se⁸ em devido processo legal material e formal. Este último exige que seja respeitado o procedimento previsto em lei para prolação da sentença. Aquele primeiro afirma que a lei não pode ter qualquer conteúdo. É uma limitação ao legislador, de modo que leis arbitrárias que inviabilizem um

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-72.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 43.

⁸ MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011. p. 125-127.

bom julgamento são proibidas. Assim, o devido processo legal material demanda órgãos jurisdicionais e ritos procedimentais razoáveis, a saber, adequados, necessários e estritamente proporcionais. Quanto aos órgãos jurisdicionais razoáveis, deve-se dizer que eles devem justamente ser independentes e dotados das garantias anteriormente referidas e informa-se que a seguir far-se-ão outras considerações mais minudenciadas. Quanto aos ritos procedimentais, aqui não se irá analisar, pois refugiria ao âmbito deste artigo.

Além disso, explique-se que no Brasil vigora o sistema da persuasão racional do juiz, o que só confirma sua independência relativa. Consigne-se que houve, na história do direito processual do mundo, basicamente três sistemas de avaliação da prova: o sistema da 'prova legal', o da 'persuasão racional' e o do 'livre convencimento'. Esclarecem Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes⁹ que, no primeiro sistema, o juiz nada pode fazer quanto à avaliação das provas, estas já estão previamente pontuadas pelo legislador que lhes atribuiu um valor específico para cada uma delas, de modo que, mecanicamente, o juiz apenas confere as provas produzidas e somando seus valores, emite sua sentença. Já no terceiro sistema, o juiz tem ampla liberdade de julgamento, estando livre, inclusive, de observar certas regras lógicas e máximas de experiência comum, podendo formar sua convicção exclusivamente com base na intuição não demonstrável. Contudo, o que vigora no Brasil é o segundo sistema, no qual o juiz não está limitado por provas tabeladas pela lei, mas também não pode usar sua intuição, devendo seguir regras lógicas e máximas de experiência e motivar sua sentença com base nas provas.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 296-301.

Dito tudo isso, conclui-se que os magistrados brasileiros desfrutam de grande liberdade de julgamento e que isso é excelente. Trata-se de uma conquista jurídico-política que deve ser preservada de qualquer forma.

2 Função da Jurisdição é fazer Justiça pela Sintonia Fina da Lei

Além disso, esta independência da magistratura tem ainda a grande vantagem de permitir fazer justiça no caso concreto.

Isto se dá pela consideração pelo magistrado de fatos não previstos na lei. Estes quando relevantes para que o magistrado forme seu convencimento e faça justiça – diga-se de passagem – podem ser objeto da jurisdição. A função da jurisdição é, portanto, não apenas de aplicar a lei, como demandaria por exemplo o sistema da prova legal, mas fazer justiça¹⁰, por meio de uma atividade de sintonia fina da lei, adequando a lei ao caso concreto, considerando certas circunstâncias de fato que não foram referidas pelo legislador¹¹, mas que são importantes para o julgamento do caso concreto e que muito provavelmente teriam sido referidas pelo legislador se este pudesse prever todas as circunstâncias fáticas importantes para o julgamento justo.

Aqui surge uma discussão importante relacionada aos limites desta atividade criativa do magistrado e o ativismo judicial¹². Contudo, esta discussão é extremamente ampla e complexa, não sendo objeto deste artigo.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1989. p. 295.

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 272.

¹² URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional*. Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012. p. 87-106.

Diz-se apenas que, em princípio, o magistrado não poderia substituir-se¹³ ao legislador, pois isso configuraria violação do princípio da separação dos poderes, mas poderia, sim, com parcimônia e dentro dos limites do princípio do devido processo legal material, fazer a atividade de sintonia fina da lei, especialmente quando estiver interpretando cláusulas abertas positivadas com conceitos vagos e ambíguos ou ainda na interpretação de princípios jurídicos e da equidade.

Também, em caso de lacuna do Ordenamento Jurídico, o juiz como intérprete da lei, agindo como se um procurador do legislador fosse, buscando dar concretude e atualidade aos intentos do legislador, seguindo a finalidade e o espírito da lei e os princípios jurídicos, deve, sem arroubos criativos e com parcimônia, colmatar as lacunas existentes do sistema jurídico.

186 **3 Proliferação de Entendimentos na Sociedade de Massas e Insegurança Jurídica**

O problema todo, justamente, é que dada a complexidade da vida moderna da sociedade de massas fica mais difícil regular a vida social e muitas lacunas surgem diariamente, além de que a legislação cada vez mais tem sua normatividade rareada com o aumento explosivo dos conceitos jurídicos indeterminados previstos em cláusulas abertas de linguagem vaga e ambígua. Isso certamente fortalece o Poder Judiciário por tornar mais necessária a jurisdição¹⁴.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 214.

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 274.

É neste ambiente de aumento de incerteza jurídica, causada por uma legislação menos clara e pela constitucionalização¹⁵ do Ordenamento Jurídico, especialmente tendo-se em vista a constituição brasileira – extremamente analítica, prodigiosa em direitos, princípios e conceitos jurídicos indeterminados – que o debate acerca da independência do Poder Judiciário ganha relevo.

Isto se dá devido a ideias como súmulas vinculantes, efeitos vinculantes de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade e vinculação dos magistrados aos precedentes¹⁶ jurisprudenciais.

De todo modo, a sociedade de massas, por meio tanto do cidadão comum como dos agentes econômicos e de outros grupos organizados, tem reclamado da insegurança jurídica causada por uma jurisprudência lotérica¹⁷.

Essa jurisprudência ocorre devido à existência de um grande número de órgãos jurisdicionais independentes, escalonados em vários graus e instâncias de revisão, além de um número muito grande de varas de primeiro grau, algumas delas com mais de um juiz. Assim, o que se vê na prática é que os entendimentos jurisprudenciais mudam de Vara para Vara, de Tribunal para Tribunal e, muitas vezes, dentro de um mesmo Tribunal, de uma mesma Vara, ou ainda, dentro do gabinete de um mesmo juiz, conforme a decisão tenha sido escrita por um ou outro assessor do magistrado.

Infelizmente, deve-se admitir que esta falta de uniformidade da jurisprudência é um problema real, especialmente numa

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 16-21.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 181.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. "Jurisprudência Lotérica". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

sociedade de massas. Isso porque ela gera insegurança jurídica e os jurisdicionados não sabem como pautar suas condutas.

Afora que, a mudança constante no Ordenamento Jurídico sem qualquer previsibilidade é simplesmente inaceitável. Além de gerar injustiça e insegurança, leva à perda pelos cidadãos, de forma arbitrária, de direitos que tinham a justa expectativa de possuir, com a derrocada do Estado de Direito. Imagine-se uma guinada na jurisprudência de um tribunal que num primeiro momento aceitava como lícito dado comportamento, induzindo-o.

Nesse caso, cidadãos, inclusive orientados por esta jurisprudência, poderiam pautar sua conduta por esse entendimento. Em seguida, quando levados ao mesmo tribunal para discutir sua conduta, ocorrida entre o firmamento da jurisprudência pelo tribunal e seu julgamento, são informados, somente no momento de seu próprio julgamento, quando não mais podem mudar suas condutas, que o comportamento antes tido por lícito, agora será considerado ilícito e punido pelo tribunal. Isso seria uma clara violação da segurança jurídica com a retroatividade do entendimento mais draconiano.

Outro problema da desuniformidade jurisprudencial é o imperativo da justiça. As decisões desiguais ferem a isonomia¹⁸, de modo que, pessoas com os mesmos direitos são tratadas de modo desigual. Com isso, a injustiça prospera, perdendo a jurisdição seu próprio motivo de ser.

Além disso, a multiplicação de entendimentos, pela insegurança que gera, faz com que as relações jurídicas se tornem mais conflitivas, com menor paz social, sendo que muitos terão que ajuizar uma demanda judicial para pôr fim à incerteza. Corre-se ainda o risco de ações que seriam tidas por absurdas pela baixíssima probabilidade de êxito surgirem nos tribunais.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 141.

Assim, a falta de uniformidade, especialmente se muito alta, pode aumentar¹⁹ o número de processos. Pode também incentivar a prodigalidade recursal, o que faz com que os processos já longos, durem ainda mais.

De todo modo, parece atualmente majoritário o entendimento de que algo deve ser feito contra a jurisprudência lotérica e que ela é insustentável juridicamente.

4 Retirar a Independência do Judiciário não é Solução para a Multiplicação de Entendimentos

A solução adequada para a falta de uniformidade jurisprudencial, contudo, não está clara, mas o que se nota é um viés autoritário, no sentido de coartar a independência da magistratura.

Contudo, esta não parece ser a solução.

Isso porque, muitas vezes, o que move os defensores de certas soluções para a desuniformidade de entendimentos não é tanto a resolução da insegurança jurídica, a falta de isonomia ou os outros problemas anteriormente referidos, mas a tentativa de reduzir o trabalho da magistratura superior.

Contudo, o possível efeito colateral destas soluções é que os problemas podem ser amplificados ao invés de serem resolvidos. Pode-se atingir um resultado paradoxal pelo aumento do número de recursos.

Isso porque soluções para a redução de recursos, sem atentar-se para seus motivos ou para os problemas por eles gerados, apenas retiram da magistratura inferior a possibilidade de fazer a sintonia fina da lei.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 180.

Nesse caso, a injustiça só pode aumentar, pois pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente e soluções que defendem julgamentos de recursos em série, sem que se faça a adequada triagem dos jurisdicionados iguais e dos desiguais, só podem resultar em injustiça. Além disso, implicarão o cerceamento e mesmo na aniquilação total da independência da magistratura inferior. Discordando, no entanto, desta posição, tem-se a prestigiosa obra²⁰ de Luiz Guilherme Marinoni que considera imprescindível retirar do juiz a possibilidade de interpretação pessoal da lei.

As tentativas de desafogamento do judiciário por julgamentos em série, sem atentar para a sua essência e missão, só servem para o desprestígio do Poder Judiciário. Esses julgamentos são a denegação da justiça e causam tanta insegurança jurídica e violação da isonomia quanto os julgamentos com entendimentos divergentes.

Veja-se o que aconteceria se alguém que tivesse um caso que devesse ser julgado diferentemente tivesse seu recurso julgado conjuntamente com outros e recebesse a mesma solução jurídica. O jurisdicionado seria obrigado a recorrer²¹ mais uma vez, talvez usando expedientes criativos e/ou de interposição

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 204-205.

²¹ Nesse sentido, diga-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil busca equivocadamente regular o incidente de recursos repetitivos e o incidente de demandas repetitivas. Diga-se ainda que este equívoco já está regulamentado no CPC vigente no art. 543-B para o caso de recurso extraordinário, sendo que ali se encontra a previsão do efeito regressivo (art. 543-B § 1º) do recurso extraordinário como suposta solução jurídica para o recorrente demonstrar que seu recurso é díspare dos que estão sendo julgados, o que é absolutamente insuficiente para resolver o problema, gerando em seguida uma bola de neve recursal, às vezes obrigando a parte ao uso de expedientes criativos e caros para obter tal resultado. No caso do recurso especial, os artigos correspondentes são 543-C e 543-C § 1º do CPC. A respeito do assunto, ver WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3. p. 235.

tecnicamente mais custosa e complexa como mandado de segurança contra ato judicial, reclamação, correição parcial, medida cautelar inominada e mesmo ação rescisória, querella nulitatis etc.

Enfim, isso implicaria a burocratização desnecessária do acesso à justiça com aumento do tempo do processo e do seu custo. Nesse caso, a justiça acabaria, desta feita, menos acessível, mais socialmente excludente, cara e injusta.

Portanto, seria um equívoco já bastante conhecido. Quando da discussão acerca da aprovação do CPC de 1973, pretendia-se acabar com a recorribilidade das interlocutórias. Percebeu-se que a extinção do agravo de instrumento faria proliferar os mandados de segurança contra ato judicial, o que fez os então redatores²² do Código a voltarem atrás. Agora, indo-se na contramão da história e desconhecendo-se suas lições, busca-se retirar das partes recursos justos e necessários, que servem para elas provarem que seus casos são diversos dos outros tantos que estão sendo julgados conjuntamente.

Ou seja, ao se proibirem recursos, ganha-se um número igual de outros meios de impugnação de decisões judiciais sem qualquer solução para os problemas de: injustiça, insegurança jurídica, falta de isonomia, morosidade, litisiosidade desenfreada, burocracia e prodigalidade recursal.

O resultado é já previsível: na tentativa de uniformizar-se a jurisprudência, nada será uniformizado, porque os tribunais inferiores continuarão independentes e tomando suas decisões de modo diverso das instâncias superiores, multiplicando-se os entendimentos e os recursos que não serão contidos. Às vezes isto se dará por pura rebeldia injustificada de magistrados inferiores que não querem aceitar a jurisprudência consolidada

²² Nesse sentido, veja-se a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 na página 25.

nas instâncias superiores. E outras vezes, eles farão o que é correto: não aplicar a jurisprudência superior, pois o caso será realmente distinto dos que geraram a súmula, ou seja, estão fazendo justiça, não por meio da sintonia fina da lei, mas por meio da sintonia fina da súmula, sendo que justamente esta sintonia é a razão de ser da jurisdição.

Em síntese, com um viés autoritário, acaba-se aniquilando a independência judicial e a capacidade dos magistrados de fazer justiça, ou seja, a jurisdição perde sua finalidade, transformando-se em uma atividade mecânica.

5 Para Conflitos anteriores à Sociedade de Massas não se deve Buscar a Universalização de Entendimentos

192

Todavia, o problema permanece: a falta de uniformidade da jurisprudência.

A solução não pode comprometer a independência do magistrado de primeiro e de segundo grau. Sem a independência, os magistrados não podem exercer suas funções e são menos juízes. Assim, isso deve ser preservado, porque assim se protegem todos aqueles valores que já foram anteriormente referidos. Porém, continua uma disfunção: a multiplicidade de entendimentos com todos os demais problemas que inclusive ameaçam pelo menos em parte estes mesmos valores.

Assim, infelizmente, é forçoso admitir que situação ótima não há. Ou se desiste da independência da magistratura e com isso surge uma série de problemas, ou se mantém esta independência e outros problemas surgem. A solução parece ser a de manter a independência da magistratura, mas compreendendo sua missão, julgando cada caso como se fosse único.

Contudo, há que se sopesar que os conflitos da sociedade de massas são diversos daqueles que existiam antes

desta sociedade. Nessa, o indivíduo tem menos importância²³, o que interessa mesmo é a sua condição de pertencimento a um grupo. O valor está no grupo²⁴ ao qual ele pertence e não nele mesmo.

O problema é que o Poder Judiciário não foi concebido com este fim²⁵. Suas origens romanas e mesmo sua moderna concepção iluminista tributária da Revolução francesa é individualista. A função do Poder Judiciário é a de adequar a lei ao caso concreto. Daí que não se pode conceber a jurisdição como atividade que serve para produção em série de sentenças.

A ideia de justiça industrializada em que todos são tratados de modo absolutamente uniforme por serem supostamente iguais está de acordo com a finalidade da lei que pretende ser geral e abstrata²⁶. Portanto, uma é a finalidade da lei. Outra a da jurisdição. A lei busca igualar, atentando para as semelhanças. A jurisdição desigular, atentando para as particularidades.

Pretender dar generalidade e abstração à jurisdição parece inadequado, porque esta não é sua essência nem sua missão. Além disso, implicaria violação do princípio da separação dos poderes, com a usurpação da função legislativa pelos tribunais. Implicaria também a aniquilação da independência da magistratura, o que é grave e perigoso para as instituições do Estado Democrático de Direito.

²³ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003. p. 26.

²⁴ SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 294.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 8.

²⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p. 65.

Portanto, o Poder Judiciário deve continuar exercendo sua jurisdição aplicando a lei, criando a regra específica para o caso concreto, mas fazendo nela pequenos ajustes, sem desconsiderá-la nem pretender criar uma regra geral e abstrata supostamente mais justa que a lei que deve ser seguida por outros juízes e tribunais e mesmo pela Administração Pública e pelos particulares.

O magistrado, quando decide, deveria fazer microjustiça e pensar só no caso concreto em análise, abstraindo-se dos demais casos que sejam mais ou menos semelhantes ao dele. Já os casos que sejam um pouco semelhantes àquele que está diante do magistrado, quando fossem analisados, deveriam ser considerados individualmente com suas particularidades. Contudo, sempre seguindo o mesmo critério de julgamento que ele, magistrado, tem por justo. Se ele, por exemplo, considera que *boa-fé* significa *ausência de dolo*, deve usar sempre a mesma métrica. Desse modo, todos saberão que aquele juiz tem aquele entendimento.

194

Parece equivocado considerar que esse critério deve ser universalizado e que por isso, deve haver a vinculação dos demais magistrados a esse conceito de *boa-fé*. Tampouco parece correto pretender mudar a lei para que onde se lê *boa-fé* se leia *ausência de dolo*. Assim, outros magistrados podem entender que *boa-fé* tem outro sentido. Isso não causa qualquer desprestígio à magistratura ou à justiça e estes diferentes conceitos são inevitáveis, quando há vários órgãos jurisdicionais. Isso só seria evitado se todos os casos fossem julgados pelo mesmo tribunal, o que é impossível e mesmo indesejado.

Assim, conceitos vagos que se referem à litigiosidade anterior à sociedade de massas toleram e devem continuar tolerando estas pequenas diferenças de interpretação. Primeiro, porque inevitáveis e segundo porque, desse modo, preserva-se a independência da magistratura e sua função de fazer justiça.

6 Lidando com os Conflitos de Massa

Situação diversa, porém, é a que coloca a sociedade de massas. Como já dito, nela o que importam não são as diferenças, e sim as semelhanças, pois o homem não é valorado como indivíduo, mas como membro de um grupo. Nela parece preferível mais lei e menos jurisdição, mais regras gerais e abstratas e menos regras específicas. Assim, a jurisdição que foi adotada para resolver contendas anteriores à sociedade de massas, parece inadequada à resolução dos conflitos inerentes a essa sociedade.

Contudo, algum tipo de decisão que ponha fim ao conflito deve haver, porque, embora a sociedade seja de massas e a igualdade e o pertencimento ao grupo sejam mais importantes que as particularidades do caso concreto, os conflitos ocorrem e até com grande frequência, causando grandes distúrbios.

Então, aí se coloca a questão de como lidar com os conflitos de massas. Aqui deve-se atentar que eles são essencialmente diversos dos conflitos que havia antes desta sociedade. Portanto, para os conflitos anteriores, recomenda-se abandonar qualquer ideia de uniformização. Para eles, a leve divergência de interpretação só serve para que decisões justas sejam emitidas.

Já os conflitos da sociedade de massas em que a igualdade é mais importante que a diferença, precisam inapelavelmente de decisões uniformes. Aqui a atividade de desigualação faz mais mal do que bem. A razão do conflito não é a diferença entre as pessoas. É a sua semelhança! Por isso, espera-se que todos sejam uniformemente tratados com respeito a suas semelhanças.

Na sociedade de massas, profileram as causas entre o Estado e os cidadãos, entre grandes empresas e consumidores. Nelas, o litigante habitual toma uma decisão e com isso fere os direitos de dezenas de milhares, talvez de milhões de litigantes

eventuais que são sua contraparte na relação jurídica. Aqui, o trabalho é de dar a todos eles uma reparação igual ao direito violado de modo uniforme. Seria absurdo um consumidor de uma empresa telefônica que teve cobrada uma taxa abusiva da mesma forma que outro, receber uma indenização por dano moral cem vezes maior que outro.

E, no entanto, a independência do judiciário, tão imprescindível em outros contextos, aqui causa danos pela proliferação de entendimentos.

Portanto, as garantias da magistratura foram elaboradas para manter a independência dos juízes, mas isso só é adequado no contexto das demandas anteriores à sociedade de massas. Como, todavia, estes conflitos continuam existindo, embora em menor número que os novos conflitos, a magistratura deve continuar exercendo sua missão.

196

Já os conflitos da sociedade de massas, que devem ter imprescindivelmente um tratamento igualitário, não devem ficar a cargo do Poder Judiciário, porque, se assim o fosse, das duas uma: ou se retiraria a independência da magistratura, o que seria danoso para os conflitos antigos, ou se manteria a independência, o que seria danoso para os conflitos novos. Assim, a melhor solução é mesmo a de manter a independência da magistratura e aproveitar o seu grande potencial para fazer justiça quanto aos conflitos antigos.

Quanto aos conflitos típicos da sociedade de massas, seu julgamento deve ser por outros órgãos. Nos casos de direito do consumidor, uma agência reguladora deve julgá-los, e, se não houver, o próprio PROCON. Já nos conflitos entre o Estado e os particulares, deve-se adotar julgamento pelos tribunais administrativos, como hoje em dia já há, sem definitividade, no âmbito tributário e da previdência social, devendo-se ampliar o contencioso administrativo.

Note-se que há grandes vantagens nesta solução. Os agentes fazendários de primeiro grau, por exemplo, que julgam os pedidos dos contribuintes seguem os posicionamentos dos Conselhos de Contribuintes e Tribunais Administrativos Tributários a que estão vinculados. Deste modo, a igualdade e a segurança jurídica são preservadas, conseguindo-se o que se pretendia com as medidas desesperadas para desafogar o judiciário e coartar os recursos aos tribunais de instâncias superiores. Além do que, o tempo de duração do processo é muito menor.

O mesmo deve se dar com as agências reguladoras que devem definir as regras de prestação do serviço, de acordo com a lei, sendo que se o consumidor reclamar à agência, ela deve julgar o caso e o auditor da agência de primeiro grau deve dar ao caso a mesma solução que a diretoria da agência daria.

Consegue-se esta uniformidade pelo fato de que o agente fazendário ou auditor da agência reguladora é um funcionário do Executivo, por isso não tem independência como os magistrados e não pode ter entendimento diverso dos seus superiores. E se tiver, a decisão será reformada e o funcionário será punido administrativamente, devido ao fato de não ter as garantias e a independência dos magistrados.

Portanto, nesses casos, prescinde-se da independência do *jugador*, porque ele não é um juiz e porque o importante é a uniformidade da regra e não a sintonia fina da lei. E, nesse caso, o ideal é que não se possa provocar o Judiciário após esgotada ou mesmo antes de esgotada a instância administrativa para que não se perca a vantagem do sistema: aplicação uniforme da lei, além do que isso agilizaria o processo se a instância final fosse a administrativa.

Cabe aqui dar mais clareza ao pensamento. A vinculação do magistrado aos precedentes judiciais reduz, em certa medida, sua independência, porque embora ele continue livre para

analisar os fatos e as provas e formar seu convencimento não poderá decidir de modo diverso de outros juízes. Essa impossibilidade torna o juiz da *common law* menos independente do que o juiz brasileiro. De todo modo, ambos os juízes, da *common law* quando houver lei²⁷ a respeito do tema versado no litígio e o brasileiro, devem seguir a lei, mas, como já referido, as inevitáveis vagueza e ambiguidade da lei expressas por cláusulas abertas muitas vezes permitem que o juiz cumpra a lei dando sua interpretação pessoal. É nesse caso que a vinculação ao precedente retira do magistrado parcela de sua independência, eliminando essa interpretação pessoal²⁸ necessária para se fazer justiça no caso concreto.

Este fenômeno que ocorre no primeiro grau não ocorre nos Tribunais Locais e Superiores, porque o julgador faz parte de um colegiado e a decisão é deste, então não há que se falar em perda de independência de um magistrado para a Câmara ou Plenário, sendo lamentável a tendência crescente da legislação de permitir julgamentos monocráticos nos tribunais, pois só gera proliferação de entendimentos, o que conduz à burocratização do judiciário e proliferação recursal. Isto obviamente não impede que os magistrados de tribunais decidam conforme sua consciência, mas para efeitos de independência do judiciário que deve ser preservada, o que importa é a independência do colegiado, e não do magistrado frente a esse.

Já a tentativa de uniformização de entendimentos pelos Tribunais Superiores, embora seja realmente uma das suas funções, é utópica e cada vez é mais mal-sucedida. Prova deste insucesso é a proliferação²⁹ de instrumentos que buscam uni-

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 37.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 204-205.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3. p. 235-284.

formizar entendimentos como súmulas vinculantes, incidentes de recursos repetitivos, atribuição de efeitos vinculantes a processos objetivos como a Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, repercussão geral etc. Todos estes meios que buscam desesperadamente a uniformização dos entendimentos têm fracassado e continuarão fracassando, enquanto os magistrados singulares e agora os magistrados dos tribunais que passaram recentemente a proferir decisões monocráticas, tiverem independência para decidir a respeito da melhor interpretação da lei. Nesse sentido, é de se pensar se não deveria ser mesmo abandonada.

De outra banda, a vantagem do julgamento por um tribunal administrativo ou uma agência reguladora é que os funcionários públicos hierarquicamente subordinados a estas instâncias decisórias não possuem independência e não podem fazer a interpretação da lei que julgarem melhor. Portanto, embora a aplicação da lei, tanto administrativa quanto judicialmente, possa resultar em decisões díspares, isso não acontecerá numa instância administrativa, porque nesta a decisão deverá ser necessariamente colegiada – evitando-se o dissenso do julgador com seu colegiado – e não poderá ser aplicada diferentemente pelos funcionários públicos de baixo escalão que não têm independência. Ao invés disso, os magistrados de primeiro e segundo grau sempre poderão descumprir as decisões dos Tribunais Superiores, tornando inglória a tarefa de uniformização da jurisprudência, o que não aconteceria na via administrativa. E isso porque a justiça está na aplicação da isonomia, tratando-se os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualações. Portanto, faz-se justiça tanto em processo judicial quanto em administrativo, apenas que conforme o tipo de conflito a independência é mais importante em um processo para conseguir-se justiça do que em outro, em que a igualdade é mais importante.

Diga-se que isso não exporia os consumidores nas ações em que o litigante habitual é uma grande empresa fornecedora e os cidadãos nas causas em que é demandado o Estado ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo. Absolutamente, não!

Nesse sentido, veja-se a experiência bem sucedida do Conselho de Estado³⁰ Francês que serviu para coartar os abusos administrativos do Executivo, criando todo o direito administrativo daquele país a partir de suas decisões. Basta para tanto dar as mesmas garantias à cúpula deste Tribunal Administrativo e da Diretoria Colegiada da Agência Reguladora que se dá aos juízes em geral e escolhê-los da mesma forma como se escolhem os membros dos tribunais superiores, com sabatina do Senado Federal. Já os funcionários públicos de baixo escalão, encarregados de dar cumprimento às decisões desses órgãos e mesmo de julgar as demandas em primeiro grau, não devem ter as mesmas garantias da magistratura. Com isso, preserva-se a instituição da ingerência do Chefe do Executivo, protegendo-se sua cúpula, mas não seus subordinados. Na verdade, o ideal seria proteger todos os funcionários, que de algum modo exercem jurisdição administrativa, também do Chefe do Executivo e outras influências e retirar-lhes a independência apenas do órgão julgador de cúpula – o Tribunal Administrativo ou a Diretoria da Agência Reguladora.

200

7 Inafastabilidade da Jurisdição e Agências Reguladoras e Tribunais Administrativos

Refira-se que a constitucionalidade desta proposta depende da interpretação do art. 5º, XXXV da CF que consigna o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 48-51.

Sucedde que não foi possível achar na doutrina quem não considere este inciso uma garantia³¹ dos jurisdicionados e que o cometimento de funções jurisdicionais a órgãos de outros Poderes que não o Judiciário seria perigoso para a democracia, o Estado de Direito, a segurança jurídica e a própria prestação da justiça, especialmente porque estes órgãos não teriam a independência dos juízes e, em razão disso, poderiam ser aprisionados por interesses do Poder Executivo ou estarem sujeitos a outras pressões.

Isso, contudo, ressoa equivocado. Como já referido, o Conselho de Estado na França³² não está vinculado ao Poder Judiciário e não consta que a democracia, o Estado de Direito, a segurança jurídica e a prestação jurisdicional estejam em risco naquele País.

Mas, de todo modo, este Conselho é uma previsão de outro Ordenamento Jurídico e deve-se ter cuidado ao transplantar institutos jurídicos alienígenas, porque eles podem ser incompatíveis com nosso Ordenamento.

Contudo, não se vislumbra esta incompatibilidade. A única possível barreira à implementação da proposta anteriormente referida é mesmo o artigo 5º, XXXV e tudo depende da interpretação que dele se faça.

Veja-se, por exemplo, que, embora se diga que a lei não pode excluir de apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, inequivocamente, quem diz o que é ou não direito é a lei. Assim, se ela excluir do Ordenamento Jurídico um alegado

³¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 291-297. Ver também MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 202-203; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 89; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 106.

³² MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p.193-198.

direito, estar-se-á diante da figura prevista no CPC de impossibilidade jurídica do pedido, que é uma condição da ação.

Inexistindo esta condição, a parte simplesmente não teria direito de ação e se apresentar uma inicial com um pedido juridicamente impossível, não teria direito a uma sentença de mérito, devendo o processo ser extinto sem julgamento. Esta a previsão do CPC, no art. 267, VI. Assim, embora se achem vários entendimentos na doutrina nacional³³ acerca da existência ou não das condições da ação, sua extensão e o resultado derivado deste reconhecimento, o fato é que a lei alberga este conceito. Parece ainda que mesmo com a revogação da lei, haveria pedidos juridicamente impossíveis previstos expressa ou implicitamente no Ordenamento. Dentre os implicitamente previstos, está a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, eis que isso violaria a separação dos poderes do mesmo modo que a revisão de uma sentença oriunda do Poder Judiciário por autoridades administrativas.

202

Portanto, toda a questão tem que ver com o que é um pedido juridicamente impossível e quem define este conceito é a lei. Na verdade, é a lei e a Constituição.

Ademais, o dispositivo refere que a lei não pode excluir, mas nada diz a respeito de a constituição excluir. Certamente a constituição pode excluir, porque se uma norma constitucional o fizer, essa norma estará no mesmo patamar hierárquico que o art 5º, XXXV.

³³ Para uma compreensão panorâmica das diversas posições doutrinárias a respeito das condições da ação, consultar SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 90-132; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 247-263. e também WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 133-137.

Sucedem que o art. 2º da CF refere que os poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Diz também que estes são independentes e harmônicos entre si. Assim, inexistem qualquer hierarquia entre eles. Além disso, o artigo 60 § 4º, III veda a apresentação de emenda tendente a abolir a separação dos poderes.

Portanto, de modo nenhum se pode admitir que um poder pretenda subordinar os outros por meio de uma interpretação atravessada da constituição, pois isso seria a revogação da separação dos poderes por via oblíqua, ainda que não se tenha apresentado um projeto de emenda constitucional com este desiderato. Nesse sentido, seria inadmissível³⁴ que o Poder Judiciário revisasse o mérito dos atos administrativos do Poder Executivo, neste incluídos as agências reguladoras e eventuais tribunais administrativos, substituindo estes atos por outros de seu próprio alvedrio.

Destarte, entenda-se bem: se o Poder Executivo, neste incluídos as agências reguladoras e os tribunais administrativos, praticar um ato ilegal ou inconstitucional, seus agentes podem ser responsabilizados³⁵ e o ato pode ser cassado inclusive por mandado de segurança, sendo retirado do mundo jurídico, desde que caiba³⁶ mandado de segurança por ter ocorrido uma manifesta ilegalidade que tenha violado direito líquido e certo.

Contudo, sendo ato legal, o mandado de segurança deve ser julgado improcedente, quando cabível seu processamento.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 579.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 566.

³⁶ MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011. p. 240.

Caso não caiba mandado de segurança, outra ação ordinária poderá ser intentada. No caso de outra espécie de ação, continuará sendo necessário demonstrar que as condições da ação, especialmente a possibilidade jurídica do pedido, estão presentes. Neste particular correta a observação de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido não pode ser tão facilmente excluída no Direito Público³⁷ como pode no Direito Privado. Contudo, quando a parte intentar revisar o mérito do ato administrativo, isto por si só, tornará seu pedido juridicamente impossível, sendo por isto incabível sua ação, ainda que o rito processual possa ser, em tese, adequado para o julgamento da ação.

Destarte, se o desiderato for a substituição do ato administrativo por outro que se considere “melhor” e que seria emitido pelo Poder Judiciário, aqui se estaria diante de pedido juridicamente impossível, porque isto implicaria na substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

Isto porque na esteira do conceito de legislador negativo³⁸ de Hans Kelsen, quando este afirmou que a Corte Constitucional poderia retirar do Ordenamento Jurídico leis inconstitucionais, pode-se dizer que o órgão jurisdicional que faz controle dos atos administrativos deve agir como administrador negativo, mas nunca como administrador positivo. Até porque se a função da Corte Constitucional é somente de legislador negativo e jamais positivo, seria equivocada atribuir ao órgão jurisdicional a função de administrador positivo.

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. 132-133.

³⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 150-155.

Assim, parece que se pode afirmar que não se pode substituir o ato administrativo, podendo apenas retirar do mundo jurídico o ato ilegal, apesar de a doutrina³⁹ não ser unânime neste ponto e recentemente tenha caminhado no sentido desta possibilidade com maior desenvoltura.

Se não pode substituir o ato administrativo com finalidade executiva, por certo que um ato administrativo que julgue o mérito de um processo administrativo entre fornecedor regulado e consumidor ou entre Estado e cidadão, oriundo da cúpula de uma agência reguladora ou de um tribunal administrativo, também não pode ser substituído.

Portanto, com base no princípio da separação dos Poderes que garante a impossibilidade de subordinação de um poder a outro, pode-se dizer que não poderia um tribunal jurisdicional substituir a decisão de uma agência reguladora ou de um tribunal administrativo e que eventual pedido nesse sentido é juridicamente impossível. Assim, a recusa do judiciário em receber ação com este desiderato não ofenderia o art. 5º, XXXV.

Para que haja tais tribunais administrativos e agências reguladoras e que estes tenham esta competência jurisdicional, bastaria sua criação por lei e o acometimento desta competência de julgamento por lei.

Se ainda assim houver quem resista a ideia de jurisdição administrativa, para dar maior segurança jurídica aos atos decisórios dessas agências reguladoras e desses tribunais administrativos, parece recomendável que se faça o regramento desta nova competência por via de emenda constitucional, sendo certo que a diminuição de competência de um Poder com a

³⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. 236 p.

consequente transferência dessa competência para outro não viola a separação dos poderes, desde que não haja subordinação de um poder por outro ou esvaziamento por completo da competência de um poder por outro.

O que viola a separação dos poderes é o desrespeito a uma linha divisória claramente determinada, mas não uma lei que mova esta linha mais para um lado ou para o outro, incluindo ou retirando competências de um poder, transferindo-as para o outro, desde que preservada uma competência mínima, o núcleo essencial da função típica de cada poder.

Na verdade, esta *redução* da competência do Poder Judiciário não viola a separação dos poderes, antes a preserva, porque evita que o Poder Judiciário possa subordinar o Poder Executivo e esvaziar a competência do Poder Legislativo por meio de decisões gerais e abstratas com efeito vinculante.

206

Logo, interpretar-se-ia o art. 5º, XXXV da CF como de plena eficácia apenas nas hipóteses em que houvesse um conflito que não envolvesse a possibilidade de substituição do ato administrativo por uma decisão judicial.

Assim, nos conflitos antigos e mesmo naqueles típicos da sociedade de massas em que não haja, e enquanto não houver, um tribunal administrativo ou uma agência reguladora, fica preservada a normatividade do art. 5º, XXXV.

Portanto, tudo se passa do seguinte modo: não se deve considerar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional absoluto como a doutrina faz atualmente. Na verdade, este é apenas mais um princípio da constituição e pode conflitar com outros, como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes. Nesse conflito, como o princípio da separação dos poderes é cláusula pétrea expressa, ele deve ter a preferência, já que a inafastabilidade da prestação jurisdicional, no entender deste articulista, não o é.

8 A Interpretação dada pelo STF ao Art. 5º, XXXV da CF 88

Todavia, grande óbice que se coloca ao defendido neste artigo é sua posição absolutamente isolada. Não pode este articulista encontrar na doutrina quem defendesse a possibilidade de jurisdição administrativa após a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, mesmo doutrinadores como Arruda Alvim⁴⁰, que escreviam sob a égide da constituição de 67/69, opõem-se a ela, inclusive à possibilidade menos branda de esgotamento da instância administrativa como condição de procedibilidade que era expressamente referida no artigo 153 § 4º na sua segunda frase após a emenda constitucional 7/77. De modo que muito tempo há de se passar para que um dia se encontre alguém que comungue destas ideias.

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, é totalmente contrário a esta interpretação. Como exemplos desta posição, citam-se a decisão proferida no Habeas Corpus 112.298/RS e a proferida na ADFP 130-MC/DF. A primeira tem a seguinte dicção:

Com efeito, de nada valeria declarar com pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, se transmuta em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (“universalização da Justiça”, também se diz). E como garantia individual que é, a se operacionalizar pela imposição de uma dupla e imbricada interdição: a) interdição ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar de apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito; b) interdição aos próprios órgãos do Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode

⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 87-94.

optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamações de lesão ou ameaça a direito. É o que se tem chamado de juízo de non liquet, a significar que o Poder Judiciário está obrigado a solver ou liquidar as questões formalmente submetidas à sua apreciação. Esta a sua contrapartida, da qual não pode se eximir jamais.⁴¹

E a segunda⁴² expressa a posição do Ministro Marco Aurélio que não foi debatida pelos demais Ministros, mas parece ser unânime na casa, de que a cláusula do inciso XXXV do artigo 5º é pétrea, embora este Eminentíssimo Ministro não tenha feito comentários mais minudentes relativos ao tema.

Contudo, aqui cabe uma ressalva importante. As cláusulas pétreas admitem interpretação, pois a expressão “direitos e garantias individuais” do art. 60 § 4º, IV exige que se diga quais são os direitos individuais, suas garantias e seus limites. E uma interpretação que petrifique⁴³ a constituição, tornando-a imutável pode tornar a constituição desatualizada, negando-lhe eficácia. Se isso ocorrer, a alternativa seria o puro e simples descumprimento da constituição ou a adoção de outro texto constitucional mais adequado à nova realidade. Pelo contrário, uma interpretação que reduza o âmbito de aplicação das cláusulas pétreas, torna a constituição mais plástica⁴⁴, aumentando-lhe o tempo de vigência.

Quando o tempo chega, não deve o intérprete insistir em considerar como pétrea uma cláusula desatualizada. Se assim o fizer, condenará o texto que busca preservar à ineficácia. De

⁴¹ STF, 2ª Turma, HC 112.298, rel. Min. Ayres Britto, Dje 26.03.2012.

⁴² STF, Pleno, ADPF 130/MC, rel. Min. Carlos Britto, Dje 07.11.2008.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 417-418.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 419.

todo modo, a doutrina e a jurisprudência insistem na jurisdição única com todos os males que ela pode causar como a multiplicidade de entendimentos e suas decorrências anteriormente já relatadas.

A posição aqui defendida, contudo, é de que, mesmo com a atual constituição pode-se aceitar a jurisdição dupla – judiciária e administrativa – sem a necessidade de emenda constitucional ou de adoção de outro texto constitucional para tanto, sendo que o conceito de jurisdição já foi apresentado na primeira seção. Aqui se entende que a jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo, como se prefira, pode garantir substitutividade, imparcialidade e eficácia imutável de suas decisões sem qualquer dificuldade, bastando dar a seus julgadores de cúpula as mesmas garantias que se dão aos magistrados da jurisdição judiciária, sem dar essas garantias aos funcionários públicos de baixo escalão em relação ao órgão de cúpula a que estão subordinados.

É claro que todo o óbice a essa interpretação decorre do fato de o Poder Judiciário entender que é sua a competência para decidir a respeito da existência de um direito ou não. Se for levado um caso decidido pela jurisdição administrativa ao Poder Judiciário, este poderá ou não reconhecer sua competência. Se assim o fizer, poderá surgir um conflito positivo de competências se o Tribunal Administrativo ou a Diretoria da Agência Reguladora não aceitar a revisão do mérito administrativo expresso em suas decisões pelo Judiciário.

Contudo, inexistem mecanismos adequados previstos na constituição para que tais Tribunais Administrativos e Agências Reguladoras possam fazer valer sua competência – a decisão a respeito do mérito dos atos administrativos – contra invasões perpetradas pelo Judiciário ou pelo Legislativo. No caso do legislativo até se entende, porque a soberania popular é encarnada neste poder por meio de seus representantes eleitos

(art. 1 § 1º). Já no caso do Judiciário, não. Isso é muito negativo, eis que o único meio que resta ao Poder Executivo seria cortar repasses orçamentários ou mesmo o emprego das Forças Armadas, o que seria inconstitucional e parece descartado em regimes democráticos. Portanto, se magistrados houverem por bem invadir a competência do Executivo ou de órgãos administrativos independentes, só poderão ser contidos pelo próprio Poder Judiciário ou pelo Legislativo em caso de atividade normativa (art. 49, XI). O ideal é que o Judiciário realize uma autocontenção neste caso, pois só assim, ao respeitar o mérito administrativo de um órgão do Executivo, é que estará respeitando a constituição e a lei que lhe compete proteger. Ideal ainda é que a criação dessas instâncias administrativas se dê por emenda constitucional, o que permitiria a alteração da constituição para prever os meios necessários para estes preservarem suas competências.

210

Como se vê nesses casos, o ativismo judicial não seria decorrência de inércia do Tribunal administrativo ou da agência reguladora. Seria consequência justamente da ação desses órgãos, o que torna ainda mais importante a autocontenção do Judiciário.

E, por fim, a respeito da flexibilização da inafastabilidade, a jurisdição deve-se dizer que não há porque considerá-la algo que retira uma garantia do cidadão nem uma violação de cláusula pétrea. Afinal, esta suposta garantia não o protege contra injustiças e inseguranças decorrentes da multiplicidade de entendimentos se não sofrer ajustes. Melhor é uma garantia que efetivamente afaste estes males. Relembre-se o quanto dito acima de que as garantias, tanto da magistratura quanto dos jurisdicionados, devem servir para proteger a jurisdição e não o juiz. Se, infelizmente, essa garantia mais faz mal à justiça do que bem, então impõe-se sua reformulação. Quanto ao *status* de cláusula pétrea, já se disse que é uma questão de interpretação

quanto aos limites do art. 60 § 4º, IV. Poder-se-ia aceitar sua característica como cláusula pétrea apenas quanto aos conflitos antigos, onde ela ainda tem uma importante missão a cumprir.

9 Vantagens da Jurisdição Administrativa

De todo modo, diga-se ainda que há outras vantagens. Uma manifesta é que evita o entupimento do judiciário. Veja-se que uma telefônica ou um grande banco têm milhares de clientes. E estes entes podem com um único ato ferir o direito de todos os seus clientes. O mesmo pode acontecer com entes como INSS, ou mesmo a União por meio de seus órgãos como a Secretaria da Receita Federal.

Se isso acontecer, o Poder Judiciário estará inviabilizado. Ele terá que julgar milhares de ações e haverá Varas que não terão mais o que fazer além de julgar essas ações!

Mas por que a inviabilização? Porque o número de ações vai consumir muitas horas dos magistrados e será um caos para os Tribunais que irão vacilar entre diversos entendimentos, sendo que levará anos para se firmar uma jurisprudência. Contudo, algumas ações vão escapar do entendimento dominante, por serem ajuizadas nos juizados especiais. Portanto, estará pavimentada a estrada para a insegurança jurídica, a injustiça, a falta de isonomia etc. E mais: tantas seriam as ações que o Judiciário não teria tempo para analisar outros tipos de conflitos.

Daí que se o conflito fosse julgado por uma agência reguladora ou um tribunal administrativo, além da uniformidade de julgamentos e da rapidez, a agência poderia abrir um processo administrativo para analisar o ato ilegal e punir com uma multa o ato abusivo. Poderia ainda aplicar outras sanções como impor a obrigação de indenizar seus consumidores e comprovar o pagamento da indenização.

Não adimplidas estas obrigações, a agência poderia proibir a comercialização dos bens e serviços do fornecedor, indicar um interventor para administrar temporariamente o fornecedor, obrigar a empresa a contratar mais funcionários ou requalificá-los e reorganizar seus serviços, ou mesmo liquidar administrativamente o fornecedor ou simplesmente retirar-lhe a autorização para atuar no mercado, transferindo compulsoriamente todos ou alguns de seus clientes para outro fornecedor.

Poderia também exigir um plano de adequação do serviço para que os danos aos consumidores não se repitam. Uma grande vantagem desta solução é evitar a repetição do dano no futuro, com uma abordagem preventiva.

De nada adianta o Poder Judiciário condenar por dano moral telefônicas que cobram taxas indevidas. As cobranças indevidas se repetem. Talvez isto se dê por má organização ou falta de funcionários no setor de cobrança da empresa ou por problemas no sistema de arquivos de informática da empresa. O problema da jurisdicionalização deste conflito é que o juiz não leva isso em consideração quando condena a empresa, tampouco identifica qual é a causa do conflito, nem o Poder Judiciário tem fiscais com formação em telecomunicações e informática para fiscalizar *in loco* a empresa e detectar a razão da má administração.

Portanto, a abordagem é totalmente inadequada. Magistrados desconhecem os meandros⁴⁵ da prestação do serviço, nem têm conhecimentos técnicos especializados para verificar se o serviço poderia ser prestado de outra forma mais eficiente, dadas as metas fixadas pela agência reguladora e os meios técnicos disponíveis. Se detivessem tais meios, certamente usariam sua independência para designar pessoas que devem

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 591.

ser tratadas igualmente – dada a função da jurisdição de fazer justiça no caso concreto. Contudo, o que importa na sociedade de massas é o tratamento igual a todos os membros do grupo, e não um tratamento individualizado.

Outra vantagem seria a agilização da decisão, especialmente pela uniformidade de entendimentos dos julgadores singulares de primeiro grau, os auditores fiscais, dada a sua falta de independência. Além do que, se não houver revisão da decisão administrativa pelo Judiciário, depois, o ganho de tempo é enorme!

Como se nota, a solução aqui apresentada está de acordo com o princípio da duração razoável do processo inserido no art. 5º, LXXVIII da CF.

Isso, contudo, não retiraria a necessidade de que o controle da agência reguladora ou tribunal administrativo fosse feito pelo parlamento *a posteriori*⁴⁶, usando seus poderes previstos na Constituição no art. 49, incisos V, X e XI, ou, de forma mais ampla, por meio dos controles das agências reguladoras, incluindo-se aí também o controle feito pela participação popular⁴⁷.

Por fim, cabe ainda dizer que é vã ilusão acreditar que a ação civil pública seja eficaz para lidar com todas as questões da sociedade de massas e superior à solução aqui proposta. Isso porque quando se trata de direitos individuais homogêneos, após o julgamento da lide pela sentença, faz-se necessária uma

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 579.

⁴⁷ Marçal Justen Filho apresenta em sua obra a respeito das agências reguladoras várias formas de se realizar este controle. De modo geral, o articulista concorda com todas menos com as hipóteses de controle jurisdicional e pelo Ministério Público, porque envolveriam controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. De todo modo, o próprio autor citado faz ressalvas a este controle jurisdicional, já que o considera problemático, sendo que seu texto inadmitte invasão do núcleo do mérito administrativo pelo Judiciário. Op. cit, p. 590.

liquidação para se apurar qual o valor a ser pago a cada um dos beneficiados da sentença. De modo que todos os processos de conhecimento que não foram ajuizados quando da inicial da ação civil pública o serão no momento da liquidação após o trânsito em julgado.

O que mais surpreende é que na execução o executado oporá embargos e o processo terá atividade cognitiva, podendo demorar muito tempo. Talvez tanto quanto demoraria se a parte tivesse ajuizado sua ação individual, ignorando a ação coletiva e desde o começo seus prejuízos já fossem liquidados. Assim, a liquidação, mediante atividade cognitiva que não se fez na fase de conhecimento, agora se faz na fase de execução como requisito para a execução. Portanto, a ação civil pública em matéria de direitos individuais homogêneos parece ser uma ilusão que nada resolve. Sua serventia é maior quando se discutem direitos difusos e coletivos, mas, quando seu alvo são os direitos individuais homogêneos, seus ganhos são, em geral, pífios.

214

Portanto, repita-se: na sociedade de massas, seus conflitos típicos são inadequados para serem processados perante o Poder Judiciário devido à sua independência, que, no entanto, deve ser preservada para solução dos conflitos anteriores a este tipo de sociedade.

Considerações Finais

Ao longo deste artigo, foi explicado que existem conflitos adequados ao Poder Judiciário e outros inadequados. O divisor de águas é a moderna sociedade de massas. Nesta o mais importante é o pertencimento do cidadão a um grupo, e não sua condição de indivíduo isolado. Nesse contexto, continuam existindo os conflitos antigos que devem continuar sendo julgados

do mesmo modo por um Poder Judiciário independente com as suas garantias e vedações. Contudo, os novos conflitos exigem outra abordagem por Tribunais Administrativos e Agências Reguladoras, em que apenas os julgadores de cúpula devem ser independentes. Somente assim se conseguir-se-ia evitar a proliferação de entendimentos díspares e suas consequências maléficas como a injustiça, a desigualdade, a incerteza e a insegurança.

É de se dizer que a duplicidade de jurisdição não viola o art. 5º, XXXV da CF, apenas lhe dá outra interpretação. Tampouco violaria qualquer garantia individual nem é uma cláusula pétrea. Dever-se-ia flexibilizar esta garantia, porque ela apenas protege adequadamente o indivíduo quanto aos conflitos anteriores à sociedade de massas. Nisso, deveria ser preservada. Quanto aos conflitos novos, dever-se-ia aceitar a redução do campo de incidência deste inciso.

Afora que esta abordagem parece mais eficaz que a ação civil pública que não tem se mostrado adequada para conflitos envolvendo direitos individuais homogêneos. Também apresentaria a vantagem de que, no caso de agências reguladoras, essas poderiam adotar medidas preventivas para evitar danos futuros para um número indeterminado de pessoas, reduzindo a litigiosidade.

215

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1986.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde*. Curitiba: JM Livraria Jurídica Editora, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um Estudo sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOURAINE, Alain. *O que é Democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Direito Constitucional*. Evolução Histórica e Modelos de Controle da Constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

217

Submissão: 13/03/2014

Aceito para Publicação: 03/06/2014