



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Controle Judicial de Políticas Públicas

Relatório Nacional (Brasil)¹

(Judicial control of policies: National Report - Brazil)

Susana Henriques da Costa

Professor Dr. at the University of São Paulo, Brazil.

Public Prosecutor in São Paulo

Palavras-chave: Relatório Nacional. Brasil.

Resumo: O presente artigo corresponde ao relatório nacional brasileiro sobre o tema, apresentado no I Congresso Argentina-Brasil, que teve lugar em São Paulo, Brasil, 2012.

Keywords: National Report. Brazil.

Abstract: The following paper was the Brazilian National Report about the subject presented at the I Congress Argentina-Brazil of Civil Procedure, at São Paulo, Brazil, 2012.

Sumário: 1. Introdução; 2. O conceito de políticas públicas; 3. O modelo de Estado brasileiro e o papel do Poder Judiciário; 3.1. O Judiciário como Instituição de contenção do Executivo; 3.2. O movimento de constitucionalização dos direitos sociais; 3.3. Restrição do âmbito da discricionariedade dos atos administrativos; 4. Limitações para a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas; 5. A técnica processual adequada para o tratamento de questões envolvendo políticas públicas; 5.1. Alteração do perfil da função judicial; 5.2.

1 Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.



Universalização dos direitos sociais e a coletivização da tutela jurisdicional; 5.2.1. Técnicas de coletivização de pretensões individuais; 5.2.2. Técnicas de agregação de demandas individuais já propostas; 5.3. Rigidez formal; 5.4. Motivação; 5.5. Democratização do processo; 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas tem sido muito estudado no Brasil nos últimos anos. Trata-se de tema bastante complexo e polêmico e são muitos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito. A discussão, para além do aspecto jurídico, impõe debates sobre questões axiológicas, tais como as características do modelo de Estado vigente e o papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira.

Este trabalho não tem por objetivo tomar posição nesse debate, pois isso seria tarefa incompatível com um relatório geral nacional. Seu intuito é mais modesto, mas nem por isso mais fácil. Pretende-se com este estudo apresentar ao leitor um panorama geral da discussão doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro sobre o tema da judicialização da política.

Para tanto, alguns recortes metodológicos foram feitos e algumas limitações consciente e previamente assumidas. Não serão realizadas citações de doutrina estrangeira no presente relatório, embora se reconheça sua influência no debate, com especial atenção à doutrina norte-americana, alemã e francesa. Quando for o caso, essa influência será mencionada, sem referência específica. O foco é a doutrina nacional e os posicionamentos desenvolvidos no Brasil.

Da mesma forma, por se tratar de relatório da experiência jurídica brasileira, será citada a lei, os projetos de lei e as decisões de Cortes brasileiras, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, Corte constitucional, que nos últimos anos tem despontado como



grande órgão político do Judiciário nacional. Não será abordado o direito estrangeiro, a não ser de forma reflexa, nos casos em que tenha servido de inspiração para o desenho do modelo nacional.

Para alcançar seu objetivo, este relatório se estrutura da seguinte forma: (i) inicialmente, define o que a doutrina brasileira entende por política pública, objeto de controle judicial; (ii) aborda a discussão sobre modelo de Estado que pauta a definição do papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira, em especial após a promulgação da Constituição de 1988; (iii) discute limites e os parâmetros geralmente apontados para a referida atuação; (v) apresenta dificuldades do modelo processual brasileiro em lidar com as questões envolvendo políticas públicas.

2. O conceito de políticas públicas

Como este relatório pretende apresentar o panorama do direito brasileiro no debate acerca do controle judicial de políticas públicas, o primeiro passo ser dado é definir seu objeto de estudo. Nesse sentido, a doutrina brasileira costuma acatar e repetir a conceituação de políticas públicas dada por MARIA PAULA DALLARI BUCCI. Segundo a autora:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativa, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.



Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.²

Esse conceito salienta aspectos importantes da noção de políticas públicas. Em primeiro lugar, políticas públicas não são uma categoria criada pelo direito, mas sim o conjunto de arranjos complexos que o direito tenta explicar ou mesmo regular.³ Daí a dificuldade do direito em lidar com esse tipo ideal.

Trata-se de um *programa* no sentido de “desenho” de uma política. Isso significa que políticas públicas são um planejamento racional e integrado, no qual deve constar os objetivos, instrumentos de concretização, instrumentos de avaliação, mecanismos de financiamento, arranjos político-administrativas, dentre outros, da política que se pretende implementar.

O programa, ainda, é uma *ação coordenada* que busca dar eficácia à atuação do Estado na consecução de seus objetivos sociais. Não pode, portanto, limitar-se à elaboração de um desenho, mas sim intentar sua efetiva concretização.

Por fim, no conceito acima exposto, fica clara a dimensão *processual* do conceito de políticas públicas. Não se trata de um ato isolado do Poder Público, mas sim de um conjunto de atos coordenados ao atingimento de uma finalidade predefinida.

Quando se discute, portanto, a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas, debate-se fenômeno complexo, que corresponde à intervenção de um órgão diverso (Judiciário) dos geralmente responsáveis pelo planejamento e execução dos programas do

2 Maria Paula Dallari Bucci, O conceito de política pública em direito, p. 39. Adotam esse conceito Luís Francisco Aguilar Cortez, Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, p. 287, Juliana Maia Daniel, Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, p. 114, Cesar Augusto Alckmin Jacob, A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, p. 243. Características do conceito também são mencionadas por Eduardo Appio, Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil, p. 134.

3 Segundo Maria Paula Dallari Bucci: “Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas. Há apenas um conceito de políticas públicas que servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública” (O conceito de política pública em direito, p. 47).



Estado (Legislativo e Executivo), tanto na criação de determinada política, quanto na correção de programas já traçados. Essa possibilidade de intervenção surge e se incrementa no século passado, em especial na transição de um modelo de Estado Social para Estado Democrático de Direito, mas não desacompanhada de críticas e questionamentos quanto a sua legitimidade. É justamente do fenômeno sócio-político-jurídico que permitiu a intromissão do Judiciário nas políticas públicas que se tratará a seguir.

3. O modelo de Estado brasileiro e o papel do Poder Judiciário

A doutrina majoritária sustenta que o modelo do Estado brasileiro é o de um Estado Democrático de Direito. Essa conclusão se funda no texto da Constituição Brasileira de 1988 que nos artigos 1º a 4º define o Brasil como um Estado Democrático, um Estado Federativo, um Estado Social e um Estado de Direito.⁴

O Estado Democrático de Direito é aquele que veio como sucessor do Estado Social de Direito. O modelo de Estado Democrático é fundado principalmente na ideia de participação popular e na busca em aliar a noção de direito à de justiça material.⁵ Nesse

4 Para José Afonso da Silva, a “superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia ente o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado” (Curso de direito constitucional positivo, p. 116).

5 “No cenário dos direitos humanos desponta a reação contra risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade, acendem-se as luzes de advertência ao perigo do autoritarismo. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual podem ficar desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade. A era dos direitos sociais, na qual o Estado passa a responder pela segurança de uma parcela da sociedade contra os infortúnios da vida, faz proliferar os órgãos do serviço público. No entanto, a consciência, que se generaliza, de que a expansão do poder do Estado constribe a liberdade e padroniza a sociedade, não se limita à criatividade de meios de defesa da privacidade do indivíduo e do espírito de iniciativa, aquilo a que chamamos a polícia do poder. Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e burocracias dominantes. A par da ressurreição do liberalismo, como sentido da existência do homem e da reconquista da felicidade, começa também a se difundir o sentimento de participação, que se torna a bandeira da reforma social. O caminho ficou aberto para uma nova solução liberal. O novo



modelo, salienta-se o papel dos princípios jurídicos, como incorporadores dos valores constitucionais, constitutivos de um modelo normativo sujeito a ponderações e acomodações de interesses públicos legítimos.⁶

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume novas funções e tem o seu perfil alterado. A própria configuração de equilíbrio entre poderes é reestruturada, de forma a dar maiores poderes ao Judiciário e instrumentalizá-lo para o desempenho das suas novas tarefas. Nesse novo cenário, as questões referentes a valores e escolhas públicas começam a ser trazidas para a apreciação jurisdicional, tornando o Poder Judiciário uma instância política, que, dentre outras atividades, passa a apreciar aspectos substanciais do ato administrativo, levando em consideração ponderações de ordem axiológica e ideológica.⁷

liberalismo soma os valores tradicionais da igualdade e da liberdade com o dever de solidariedade. Restaura o valor do indivíduo como finalidade, mas dele cobra os deveres de uma vida solidária e participativa” (Caio Tácito, Princípio da legalidade e poder de polícia, p. 43).

6 “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício” (José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 124).

7 “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado controle externo da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle interno imanente a toda Administração, e mesmo do controle externo institucional, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. (Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação popular, p. 33-34).



O Poder Judiciário gradativamente deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesões e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais.

As causas apontadas para a essa alteração de perfil do Poder Judiciário são várias, todas elas lastreadas no desenho institucional traçado pela Constituição de 1988. Algumas delas serão sistematizadas abaixo. Como natural em toda sistematização, porém, as causas abaixo serão apresentadas de forma simplificada. Isso não significa que se trate de fenômenos pouco complexos, sequer autônomos e independentes entre si e em relação a outros fatores sociais, políticos e jurídicos próprios da pluralidade das sociedades contemporâneas.

3.1. O Judiciário como Instituição de contenção dos demais Poderes

Como é geralmente repetido pelos estudiosos da teoria do Estado, o Estado Liberal de Direito não foi capaz de garantir aos membros da sociedade o direito fundamental igualdade e, por isso, foi sucedido pelo modelo de Estado intervencionista, o *Welfare State*, Estado de Bem-Estar ou o Estado Social de Direito.⁸ O Estado Social de Direito surge no século XIX e se consolida após a 2ª Guerra Mundial. A esse Estado é dada a missão de garantir a igualdade dos cidadãos, por meio da intervenção direta na ordem econômica e social, antes de domínio dos particulares. É no Estado Social que começa a fazer sentido a noção de políticas públicas.

No âmbito normativo, o fenômeno intervencionista gera a publicização do direito como um todo e o reconhecimento de que o interesse público tem primazia sobre

⁸ Com o advento do século XIX e a Revolução Industrial, as grandes empresas se transformaram em grandes monopólios e propiciaram o surgimento do proletariado, nova classe social que vivia em condições de pobreza intensa. Verificou-se naquele momento que a total abstenção do Estado do cenário socioeconômico era danosa e servia para possibilitar a ampliação de desigualdades.



qualquer outro interesse. É a ideia de socialização, pela qual o bem comum substitui o individualismo outrora imperante. O direito, entretanto, desvincula-se da ideia de justiça. É a lei que faz o justo e não o justo que faz a lei. A lei é uma ordem, que emana de uma norma positivada no ordenamento jurídico. A lei perde, ainda, muito do seu caráter de abstração e generalidade e se politiza, pois passa a ser um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a concretização de políticas públicas.⁹ O Poder Judiciário, por seu turno, tem seu controle esvaziado, pois não mais analisa a justiça das leis emanadas do Poder Legislativo, mas somente sua perfeição formal.

Como consequência da crescente intervenção estatal, o Estado se torna um prestador de serviços, o que leva a um acréscimo considerável dos poderes do Executivo e a um novo delineamento do princípio da separação dos poderes. Ante a necessidade de agilidade, o Poder Executivo, ainda, passa a ter função normativa, o que se consubstancia no Brasil por diversas técnicas, dentre elas, o poder de iniciativa do processo legislativo, a delegação legislativa e a edição de regulamentos. A complexidade e a lentidão do processo legislativo, incompatível com as novas atividades desempenhadas pelo Estado, autorizam esta transferência de funções.

Esse modelo intervencionista, que dotou o Poder Executivo de poderes excepcionais para a consecução dos fins do Estado redundou, em vários Estados ocidentais e, em especial, no Estado brasileiro, na ruptura do Estado de Direito, com a instauração de período ditatorial. A hipertrofia do Executivo, nesse sentido, rompeu o equilíbrio entre os poderes do Estado e permitiu períodos de exceção.¹⁰

9 Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Quando, por influência dos socialista e cristãos-sociais, se veio a entender o Estado como providência dos malsucedidos, começou-se a abandonar a fórmula setecentista do Estado de Direito. O Estado-Providência, preocupado em dar a todos condições adequadas de vida, intervém no domínio econômico e social. Tende, por isso, a reduzir a autonomia individual e, tomado de racionalismo (no que é digno herdeiro do pensamento setecentista), quer ordenar os mais diferentes setores da vida social. Continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão-somente. O seu conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo” (Estado de Direito e Constituição, p. 40).

10 Não se sustenta aqui que todos os Estados estruturados em um modelo intervencionista tenham vivido períodos de exceção. Muitos Estados ocidentais possuíam Instituições sólidas o bastante para fazer frente a um Executivo inchado e impedir o surgimento de regimes autoritários (v. p. ex. os EUA, Inglaterra, França, dentre



O Estado Democrático de Direito sucede esse período ditatorial e representa o restabelecimento do equilíbrio entre os três Poderes. Uma das principais características desse novo modelo de Estado é o aumento de poderes do Judiciário. Se na concepção original, esse Poder foi idealizado como “nulo”, mera “boca da lei”, houve um movimento no sentido de transferir a ele a importante e essencial função de controlar, em maior ou menor grau, o desempenho das funções do Poder Executivo e Legislativo. Realmente, dentro da nova configuração dos freios e contrapesos de Poderes, haveria de ser desenhada alguma forma de fiscalização das novas atividades de que se apropriou o Poder Executivo, quando do surgimento do Estado Social de Direito. Se a ele foram concedidas novas funções e, em consequência, acrescidos seus poderes, necessário se tornou o desenvolvimento de uma esfera limitadora de eventuais arbítrios e abusos que se verificassem na realidade fática. Caso contrário, haveria risco de novo desequilíbrio entre os Poderes do Estado. Coube ao Judiciário essa função.

Além de responsável pelo controle do Poder Executivo, ao Poder Judiciário, ainda, foi dada a função de controle da atuação do Poder Legislativo. Nesse sentido, o Estado brasileiro adotou modelo misto de controle de constitucionalidade de leis (difuso e concentrado), influenciado tanto pelo sistema norte-americano (*judicial review*), quanto pelo sistema austríaco. A omissão legislativa também pode ser controlada por via de mecanismos como o mandado de injunção, cada vez mais utilizado na realidade brasileiro (art. 102, *q*, CF)

O Poder Judiciário brasileiro pós-constituição, como visto, assumiu novas funções e teve o seu perfil alterado. A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo modelo de Estado e, conseqüentemente, reestrutura o equilíbrio entre seus Poderes, com sistemas de freios e contrapesos específico, compatível com o atual momento histórico.¹¹

outros). Mas os regimes autoritários foram uma regra na América Latina e o Brasil foi um exemplo deste fenômeno.

11 Como ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz, “a doutrina da separação de poderes, na sua interpretação e aplicação, evoluiu desde os dois séculos de sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros (...) a teoria da separação dos poderes importa, assim, a identificação das funções estatais e a sua atribuição a órgãos independentes, segundo critérios de especialização funcional. Se a especialização obedece a critérios mais ou menos rígidos, a identificação das funções estatais, embora se curve a circunstâncias do momento histórico considerado, e por isso mesmo se apresente razoavelmente modificada e distante da formulação original, ainda segue a tricotomia ditada por



Assim, a Constituição Federal introduz a separação de poderes como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF) no Estado Brasileiro. Todavia, na realização do desenho institucional de cada um dos Poderes do Estado, dota o Poder Judiciário de uma gama extensa de atribuições (art. 92, CF). Segundo a Carta Magna, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais (art. 102, *a*, CF), o julgamento das ações coletivas (art. 129, III, CF) e, ainda, o controle dos atos administrativos em alguns aspectos que vão muito além da mera legalidade (art. 5º, inciso LXXIII, CF).¹² Cabe a este Poder, ainda, controlar as omissões administrativas na implementação dos direitos sociais que positiva e garante, afinal, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada de apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Montesquieu”. (Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo, p. 16-17). No mesmo sentido, José Afonso da Silva ensina que “hoje, o princípio (da divisão de poderes) não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes”. (Curso de direito constitucional positivo, p. 113).

12 “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado controle externo da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle interno imanente a toda Administração, e mesmo do controle externo institucional, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. (Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação popular, p. 33-34). Ada Pellegrini Grinover, A tutela jurisdicional dos interesses difusos, p. 30-31 e Kazuo Watanabe, Processo civil de interesse público: introdução, p. 20, também sustentam que os interesses metaindividuais tornam o Judiciário uma instância política.



A Constituição Federal, portanto, sem dúvida alguma, reconheceu ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas e garantir a observância dos valores por ela eleitos como predominantes na sociedade brasileira.

Nesse sentido, em decisão monocrática em Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o Ministro CELSO DE MELLO reconheceu que Judiciário é ente “idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando “previstas no texto da Carta Política (...) venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. O Ministro da Suprema Corte entende que a possibilidade de decisão pelo Judiciário de questões envolvendo políticas públicas:

põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdade positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/04).

3.2. O movimento de constitucionalização dos direitos sociais

Ao modelo de Estado Democrático de Direito são geralmente relacionados os movimentos de constitucionalização dos direitos sociais, o que ocorre também no Brasil. Esse movimento do direito pátrio é fenômeno apontado como uma reação ao já citado período autoritário das décadas de 60 e 70 do século passado, que se viabilizaram em uma estrutura



normativa positivista, que não permitia questionamentos sobre o conteúdo substancial das normas jurídicas.

Nesse sentido, é apontada uma alteração na estrutura normativa brasileira após a abertura democrática, reflexo de um movimento mundial de reaproximação da noção de direito natural, sem abandono do direito positivo (modelo pós-positivista). O Estado Democrático de Direito, nessa nova lógica normativa, deve se submeter à lei e ao direito, ou seja, não somente à lei em sentido formal, mas a todas as fontes de direito. Os princípios jurídicos passam a ter importante papel, como normas garantidoras dos direitos constitucionais fundamentais e sociais. Como consequência, há um aumento do controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, pois resta necessário avaliar sua adequação principiológica.

Como ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

essa restauração do Estado do Direito reclama em primeiro lugar que a lei seja necessariamente expressão da Justiça. Para isso, é preciso que no procedimento de sua edição haja um órgão que afira o conteúdo da norma proposta em função da concepção de justiça que prevalece na comunidade. Este órgão deve obviamente ser formado, não por aqueles que se preocupa com a política e sim por aqueles que se dedicam ao Direito. São estes que guardam, identificam, apreendem o sentido de justiça que cada povo necessariamente tem. E como pela experiência se comprova que o mais ilustrado dos legisladores se equivoca, deve existir uma garantia contra o erro, erro que consagra a injustiça, prevendo-se um controle judicial sobre todos os atos normativos.¹³

Dentro desse movimento de reaproximação da noção de justo, a Constituição Federal brasileira de 1988 optou por positivizar tantos os direitos fundamentais civis e políticos

13 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Estado de Direito e Constituição, p. 61-62.



(art. 5º e 14, CF), como os direitos fundamentais sociais (arts. 6º). A maior parte desses direitos ganhou estrutura normativa de princípios, sujeitos, portanto, a ponderação dos aplicadores do direito quando da sua efetivação. Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais se tornaram estrutura básica do Estado brasileiro e da sociedade. Transformaram-se, portanto, em elementos limitadores da ação estatal que deve refletir e se harmonizar com os valores jurídicos e políticos constitucionalmente reconhecidos.¹⁴ A ação estatal passou a se legitimar pelo seu conteúdo e pela sua correspondência com o modelo axiológico constitucionalmente desenhado e “*somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detém o poder*”.¹⁵

Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados *direitos fundamentais sociais*,¹⁶ também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor igualdade e da preservação de condições mínimas e elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p. ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nessa lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir. Essa ação, ainda, é passível de ser judicialmente exigida.

No Estado Democrático de Direito, portanto, o Poder Judiciário passou a ter a função de dar concretude aos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente positivados, após a devida provocação dos cidadãos interessados em preservar seus direitos e, reflexamente, participar da vida pública. O processo participativo ocorre graças ao caráter

14 Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, p. 26.

15 Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e neo processualismo, p. 26.

16 Ricardo Lobo Torres sistematiza o debate doutrinário sobre o tema da relação entre direitos fundamentais e direitos sociais da seguinte forma: 1) há os que veem simbiose entre direitos fundamentais e sociais; 2) há os que sustentam a indivisibilidade dos direitos humanos, compostos tanto pelos direitos fundamentais, quanto pelos direitos sociais; e 3) há os que reduzem a jusfundamentalidade dos direitos sociais à ideia de mínimo existencial.



aberto da Constituição que permite aos litigantes a realização de interpretações do conteúdo dos direitos fundamentais.¹⁷

No atual contexto institucional, portanto, o Poder Judiciário tem destaque na transformação da realidade social, dando concreção a comandos constitucionais.¹⁸ O Poder Judiciário em especial, passa a ter uma responsabilidade finalística e prospectiva e se transforma ator corresponsável pela consecução, pelo Estado, de suas finalidades maiores, previstas pela Constituição Federal. Na sociedade de massa, pluralista por natureza, não raro se conflitam interesses antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição de qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é tarefa de natureza eminentemente política que, na tradição histórica, sempre se atribuiu aos Poderes Legislativo e Executivo. Repassou-se também ao Poder Judiciário a incumbência de definir no caso concreto,

17 “A jurisprudência de valores alemã – que vai influenciar o constitucionalismo português e espanhol e, por esta via, o brasileiro – equipara princípios e normas constitucionais a valores e, nesse sentido, defende a ideia de que a Constituição, enquanto projeto, traduz a identidade e história comuns, e também um compromisso com certos ideais compartilhados. Ao mesmo tempo, muitos dos autores que integram tal corrente acreditam que a concretização da Constituição, enquanto consenso social sobre valores básicos compartilhados, depende não apenas de um Judiciário cuja função primordial é estabelecer uma aproximação entre o direito e a realidade histórica, mas fundamentalmente de formas democráticas de participação comunitária nos assuntos públicos. Em outras palavras, o processo de concretização da Constituição envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que devam tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade (...) É, portanto, por via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Em outras palavras, a abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição”. (Gisele Cittadino, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, p. 23 e 31).

18 Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua realizabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado de bem-estar social” (*O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?*, p. 18). No mesmo sentido, ainda, José Reinaldo de Lima Lopes, *Crise da norma jurídica e reforma do Judiciário*, p. 70 e Ada Pellegrini Grinover para quem “a via jurisdicional torna-se necessária na tutela dos interesses difusos, principalmente onde se percebe a necessidade de uma correção eficiente de sistemas que ainda opõem dificuldades e obstáculos à obtenção de resultados, que já deveriam ter sido alcançados pelos processos de mediação política” (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 35).



qual entre vários interesses deverá ser reconhecido como sendo interesse público e, conseqüentemente, tutelado pelo ordenamento jurídico.¹⁹

3.3. Restrição do âmbito da discricionariedade dos atos administrativos

Outra causa, intimamente relacionada com as anteriores e normalmente apontada como viabilizadora do controle judicial de políticas públicas, foi a ampliação do espectro de controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. A teoria clássica do direito administrativo, fundada na noção de separação de poderes montesquiana, sustentava que o Judiciário não podia se imiscuir no mérito do ato administrativo, que correspondia à margem de liberdade dada ao administrador para a escolha política, pautada em critérios de oportunidade e conveniência.

A doutrina mais recente, todavia, fundada em decisões do Conselho de Estado francês, superou tal empecilho desenvolvendo a teoria do desvio de poder. Segundo essa teoria, a Administração tem por finalidade buscar o interesse público. Essa finalidade é suprema e não pode ser afastada. Se o ato administrativo foi realizado com finalidade outra, ele padece de vício insanável. Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO “*entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*”.²⁰ Dá-se, portanto, conteúdo teleológico ao ato administrativo. Assim, se o administrador age em desacordo com a finalidade pública prevista para determinado ato

19 Já decidiu o STF, por exemplo, que “(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput a art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquele que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes (...)” (AGRRE 271.286-8/RS). Escolheu, portanto, diante do caso concreto, qual valor de interesse público deveria prevalecer.

20 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 56. No mesmo sentido, Pedro Estevam A.P. Serrano, *Desvio de poder na função legislativa*, p. 44 e ss.



administrativo, age de forma ilícita, pois está utilizando-se de meios lícitos para atingir finalidades não previstas pelo direito.

O importante é que, como a finalidade é um dos elementos do ato administrativo, sua correta observância pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. De fato, o desvio de poder é uma espécie de vício do ato administrativo que pode e deve ser controlada por via jurisdicional. Com a construção do desvio de poder, observa-se, a doutrina administrativista brasileira leva para a seara jurisdicional a ponderação sobre aspectos discricionariedade dos atos administrativos, restringindo o âmbito de liberdade do administrador. Essa restrição do âmbito da discricionariedade administrativa ocorre tanto com relação a condutas comissivas quanto omissivas do Poder Público, pois a inércia do administrador pode constituir desrespeito a imperativos constitucionais (contrária ao interesse público) de forma indireta.²¹

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já entendeu que a prioridade dada pela Constituição, por exemplo, para a atuação dos Municípios em educação infantil (art. 211, §2º) “representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social (...)” (RE 410.715-Agr/SP). Verifica-se, portanto, que à medida que o Supremo Tribunal Federal

21 Como já salientado pelo mesmo STF: “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal, quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (...). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).



amplia as hipóteses de julgamentos políticos, reconhece a restrição inafastável da discricionariedade administrativa que sua atividade gera.

4. Limitações para a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas

Vê-se que por fatores de diversas ordens (sociais, institucionais, jurisdicionais etc.) o Poder Judiciário na atualidade assume uma função diferenciada no desenho institucional do Estado Democrático de Direito brasileiro e passa a decidir sobre políticas públicas. Nenhum Poder do Estado, porém, é absoluto e ilimitado. A principal questão que se coloca hoje, diante do atual perfil do Poder Judiciário é: quais os limites para a análise judicial de questões que envolvam a definição de políticas públicas?

Mesmo os autores que sustentam a possibilidade ampla de controle judicial de políticas públicas, reconhecem a excepcionalidade dessa atuação, que pertence, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo.²² Há uma série de argumentos apontados nesse sentido. Em primeiro lugar, há de se ressaltar o fato de os magistrados, pelo sistema brasileiro, ingressarem na carreira jurídica por concurso público de provas e títulos, sem qualquer participação popular na seleção, ao contrário do que ocorre nos demais Poderes. Essa diferença na maneira de condução ao cargo não serve para afastar de forma absoluta a participação do Poder Judiciário em escolhas políticas, principalmente diante do atual desenho

22 Em julgamento já mencionado acima, que decidiu pela condenação municipal ao atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, o STF deixou claro que: “não se incluiu, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05).



institucional do Estado, como já exaustivamente descrito acima. Todavia, traz importante questionamento quanto à legitimidade de uma ampliação excessiva dessas novas funções jurisdicionais.

Além disso, também se costuma a apontar a falta de preparo dos operadores do direito e do Judiciário para lidar com demandas versando sobre políticas públicas. Nesse sentido, a formação jurídica nas faculdades e universidades brasileiras não ensina os bacharéis a tratarem de demandas complexas e que trazem ponderações que vão muito além da simples subsunção do fato à norma. E são os advogados, promotores e juízes formados por esses currículos tradicionais que acabam sendo incumbidos de trazer à apreciação e decidir causas que dependem de formação diferenciada e interdisciplinar. Por esses motivos, muitas vezes questões importantes, como a universalização dos direitos sociais (medicamentos, vagas em escola, transporte etc.), são esquecidas diante de uma demanda individual formulada nos moldes liberais de “Caio X Tício”. É difícil para os operadores do direito lidar com a ponderação própria do administrador de que, quando se trata de políticas públicas, todas as escolhas implicam conseqüências favoráveis a uns e desfavoráveis a outros. Ao se deslocar determinada verba pública para uma área ou indivíduo, outra certamente ficará descoberta.

A doutrina brasileira reconhece, portanto, que a função jurisdicional possui limitações e que cabe principalmente aos Poderes Executivo e Legislativo a decisão sobre escolhas políticas. Em outros termos, se é inevitável a politização do Poder Judiciário e a restrição da margem de discricionariedade do poder público e da liberdade do administrador diante do caso concreto, a intervenção jurisdicional também não pode ser indiscriminada, pois ela possui limitações próprias, decorrentes da sua própria natureza e do formato do modelo processual civil atualmente vigente, como se verá a seguir. Assim, a intervenção jurisdicional deve ocorrer em casos excepcionais, ou seja, naqueles em que restar comprovada ilegalidade ou desvio de finalidade/poder na atuação do administrador público. A atividade jurisdicional deve-se pautar, sempre, por um critério de *razoabilidade ou proporcionalidade*, ou seja, deve ser realizada ponderação sobre os meios disponíveis e os fins almejados.



Embora se reconheça a natureza extremamente fluída e subjetiva, a ideia de proporcionalidade é geralmente apontada como critério para a limitação da atuação jurisdicional sobre políticas públicas. Sustenta-se ser imprescindível que o magistrado, quando da apreciação de ato do administrador público, verifique sua razoabilidade. Não cabe ao Poder Judiciário rever atos razoáveis, que sejam adequados aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, ainda que, no caso concreto, conclua o magistrado que, fosse ele o agente público, teria tomado decisão diversa, também razoável. Nesses casos, ou seja, quando dentre várias possibilidades tenha sido escolhida política pública apropriada e de acordo com o modelo jurídico vigente, a decisão do administrador deve ser mantida.

É esse o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, que tratando do tema da intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas defende que:

(...) por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada* (...). Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.²³

A proporcionalidade/razoabilidade, portanto, é apontada pela doutrina brasileira como importante critério de delimitação da atuação do Poder Judiciário na

23 Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, p. 47.



formulação de políticas públicas. Esse critério vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para aferir a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em questões políticas. Em julgamento monocrático, por exemplo, a Ministra ELLEN GRACIE suspendeu a segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Alagoas que determinou que o Estado alagoano fornecesse a toda a população os medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Segundo a Ministra, a ordem do Tribunal *a quo* não se justificava na medida em que implicava uma diminuição da possibilidade de oferecimento de “serviços de saúde básicos ao restante da coletividade” (STA 91/AL), violando, assim, o princípio da universalidade do direito à saúde. Percebe-se, portanto, que a decisão do STF entendeu pela irrazoabilidade da decisão *a quo* e pela razoabilidade da atuação do Poder Executivo, motivo pelo qual cassou a intervenção jurisdicional.

Em já mencionado julgamento monocrático, o Min. CELSO DE MELLO deixou claro que a razoabilidade é questão essencial para a verificação da atuação jurisdicional sobre políticas públicas. Entendeu ele que:

os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses



elementos descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a da atuação do Poder Executivo. É que se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/04).

O acórdão acima descrito permite identificar outra limitação normalmente levantada para a intervenção do Judiciário em políticas públicas: a questão orçamentária. Normalmente, quando o Judiciário intervém na discricionariedade administrativa, principalmente em casos de omissão, nos quais se determina a concretização de algum direito social constitucionalmente previsto, há correspondente dispêndio de verba pública. Em alguns casos, essa verba estará indisponível e inexistirá o que se costuma a chamar de *reserva do possível*.

Ocorre que Poder Público como um todo está adstrito a regras orçamentárias. Primeiramente, as condenações do judiciário ao pagamento de valores pecuniários devem



respeitar o previsto no art. 100, CF, com a requisição para inclusão na lista dos precatórios. Além disso, as condenações a obrigações de fazer/não fazer que impliquem gastos exigem a existência de uma dotação orçamentária, ainda que genérica. Nesse sentido, dispõe a Lei Complementar nº 101/00, em seu art. 16:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: (...)

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício (...);

Assim, comprovada pela Administração a inexistência de qualquer previsão genérica orçamentária, seria impossível se exigir do Executivo o cumprimento imediato da condenação. Há autores que entendem, porém, que nesses casos, a questão se desloca para o âmbito do planejamento orçamentário, devendo o Poder Público primeiramente realizar a respectiva dotação e, na seqüência, cumprir a obrigação.

Resumindo a esse entendimento, vale transcrever as palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER:



o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso do descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, freqüentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.²⁴

O Supremo Tribunal Federal não ignora a questão orçamentária, quando da prolação de suas decisões em questões envolvendo políticas públicas. Em decisão monocrática, referendada pela Segunda Turma, também envolvendo o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, o Ministro CARLOS VELOSO concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenou o Município do Rio de Janeiro a, no prazo de 30 dias, garantir a gratuidade do atendimento e, no prazo de um ano, ampliar o número de vagas a fim de atender 100% da demanda local. Segundo o Ministro, a decisão, numa primeira análise, violaria as normas constitucionais, pois implicaria a realização de despesas sem a devida autorização orçamentária (art. 167, CF) (Pet. 2.836-QO/RJ).

A alegação da reserva do possível, porém, possui uma limitação. É que para a maior parte da doutrina brasileira ela não pode ser oposta a pretensões individuais ou coletivas

24 Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, p. 48.



voltadas à garantia do que se convencionou chamar de *mínimo existencial*. *Mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata. Trata-se de discussão atrelada ao fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, pois voltada à definição de seu conteúdo essencial. Isso porque os direitos sociais, justamente por representarem realização material pelo Estado, têm custo muito superior em relação aos direitos civis e políticos.²⁵ A premissa, portanto, é pela impossibilidade de se garantir a fruição máxima desses direitos por todos os membros da sociedade, por inviabilidade econômico-financeira. Conseqüentemente, haverá a colisão entre direitos fundamentais que não poderão ser sempre igualmente realizados.

É preciso, para a resolução dos conflitos, estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, até porque, em regra, é somente esse mínimo que poderá ser exigido do sujeito passivo Estado.²⁶ Esse conteúdo, quando voltado para a definição daquilo que é justiciável, ou seja, do direito com densidade normativa suficiente para garantir tutela pelo Poder Judiciário, é normalmente chamado de *mínimo existencial*.²⁷

É importante salientar a natureza garantidora do conceito de mínimo existencial no direito brasileiro que se, de um lado, consubstancia um parâmetro para a

25 Como bem demonstrado por Virgílio Afonso da Silva, todo direito tem seu custo, inclusive os direitos chamados negativos, como os civis e políticos (p.ex. o custo para a estruturação e manutenção das instituições necessárias para a realização das eleições). O custo para a realização dos direitos sociais, porém, é bem maior. Segundo o autor, “basta comparar os custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores do HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na conta comum de todos os direitos” (O Judiciário e as políticas públicas..., p. 593-594).

26 Entende-se que somente o conteúdo essencial do direito que poderá ser exigido do Estado, em decorrência da mera previsão constitucional. Para além desse conteúdo essencial, é necessária a existência de algum arcabouço infraconstitucional que de densidade normativa suficiente ao direito social. V. Kazuo Watanabe, Controle Jurisdicional de Políticas públicas..., p. 217.

27 Nesse sentido, é importante pontuar que a justiciabilidade de um direito sociais não é categoria processual, mas sim requisito para o julgamento favorável do mérito da demanda. Trata-se, portanto, de conceito pertencente ao direito material (V. Kazuo Watanabe, Controle Jurisdicional de Políticas públicas..., p. 216). O Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas conceitua mínimo existencial como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (art. 6º, §único).



intervenção do Poder Judiciário, também representa um limite para a alegação de reserva do possível. Os Tribunais, nesse sentido, costumam reconhecer que a falta de condições financeiras ou mesmo restrições orçamentárias não podem ser opostas ao mínimo existencial.²⁸ Trata-se, portanto, de um limite do limite.

O STF, nesse sentido, já reconheceu a inoponibilidade da alegação de reserva do possível ao mínimo existencial:

“A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o

28 A segunda Turma do STF, nesse sentido, quando do julgamento do agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, determinando o atendimento integral de crianças em creches no Município de Santo André (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05), afastou a alegação de violação das normas constitucionais orçamentárias. Nos termos do acórdão: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoal estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistérios doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211. itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que cláusula da “reserva do possível” – pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de duas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, ate mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05).



Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (STF, 2ª Turma, ARE 639337/ SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 23/8/11) (grifo nosso).



5. A técnica processual adequada para o tratamento de questões envolvendo políticas públicas

Feita essa breve exposição sobre as normas e arranjos institucionais permissivos do controle judicial de políticas públicas no direito brasileiro e seus parâmetros e limites, é o momento de voltar os olhos ao processo. Isso porque é sabido que o direito processual é instrumento de tutela do direito material e deve, portanto, buscar efetividade no desempenho de sua função. Para tanto, deve adaptar suas técnicas de forma a melhor atender os direitos por ele veiculados. Afinal, a *“natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”*.²⁹

O modelo processual civil brasileiro possui limitações para o tratamento de questões envolvendo políticas públicas. As características desta espécie de direito material exigem a mudança da técnica processual e a redefinição de alguns aspectos da própria função judicial.

Nesse sentido, ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER que,

é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse

29 José Roberto dos Santos Bedaque, Direito e processo, p. 16.



contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, da mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do “coletivo” e do “social”. A tutela jurisdicional das situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça.³⁰

Algumas das necessárias adaptações foram realizadas pelo legislador nas últimas décadas, especialmente pela estruturação do modelo coletivo de tutela de interesses metaindividuais que, no Brasil, encontra-se em estágio avançado, se comparado com outros ordenamentos jurídicos de *civil law*.³¹ A doutrina brasileira, ainda, é bastante responsável pelo aprimoramento dos textos legais, pois desenvolve interpretações mais modernas e flexíveis das normas sobre o processo individual e coletivo. Outras mudanças, entretanto, ainda se mostram necessárias e dependerão de alteração do método empregado. Nesse sentido, existem estudos em andamento, em especial o Anteprojeto de Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas, capitaneado pelos professores ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que ainda se encontra em fase de discussão com a comunidade jurídica e acadêmica brasileira. O que se fará a seguir será uma tentativa de sistematização de aspectos processuais que foram e precisam ser ajustados para o adequado tratamento processual dos conflitos envolvendo a judicialização de políticas públicas.

30 Ada Pellegrini Grinover, A tutela jurisdicional dos interesses difusos, p. 30-31. Kazuo Watanabe também sustenta que os interesses meta-individuais tornam o Judiciário uma instância política, Processo civil e interesse público: introdução, p. 20.

31 V. Ada Pellegrini Grinover, Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas: relatório geral – civil law.



5.1. Alteração do perfil da função judicial

O dado político, quando inserido na relação jurídica de direitos processual, impõe uma alteração na postura do julgador, na medida em que envolve escolha sobre alocação de recursos escassos. O fato de o julgador estar amparada por algum recorte jurídico no momento dessa escolha não afasta a natureza política da decisão, pois um ordenamento jurídico complexo como o atual, muitas vezes permite escolhas variadas entre interesses públicos legítimos, a depender de premissas axiológicas que se estabeleçam.³²

No desempenho dessa atividade político-jurídica, fica evidenciada a incorporação de algumas novas características à função judicial. Não é possível julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos ou mesmo sobre reforma estrutural do Estado da mesma forma que se julgam conflitos subjetivos privados. A função judicial adaptada para a solução de demandas politizada possui perfil consequencialista, estratégico e mediador.

Consequencialista é a postura do magistrado que pondera sobre os efeitos materiais da sua decisão sociedade. O juiz que decide sobre políticas públicas não pode ser alheio às complexidades e dificuldades de execução da sua decisão. Há limites jurídicos (p. ex. orçamentários) e fáticos (p. ex. financeiros) na atuação do Estado que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido da sentença. Há também dificuldades procedimentais (p. ex. necessidade de licitação para contratação) que dificultam o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos e podem, inclusive, dar ensejo a desvios de conduta na administração. Mas, acima de tudo, há impactos diretos e indiretos gerados pelo próprio cumprimento da sentença judicial envolvendo a implementação de políticas públicas e que não podem ser ignoradas pelo juiz quando do julgamento. A definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem vir a

32 Sobre o fenômeno de politização do Poder Judiciário em função da judicialização de direitos sociais, v. Virgílio Afonso da Silva, O Judiciário e as políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover, O controle jurisdicional de políticas públicas, Jose Reinaldo de Lima Lopes, Direitos Sociais e Carlos Alberto de Salles, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil.



prejudicar programas em andamento. Tudo isso passa a ser levado em conta pelo juiz quando da decisão, de forma a equilibrar os valores em jogo e buscar um equacionamento mais adequado do conflito.

A função judicial, nesse novo contexto, passa também a ser *estratégica*. Essa característica se refere, em especial, à postura adotada pelo magistrado na execução de decisões envolvendo a implementação de políticas públicas, em especial em demandas coletivas. O cumprimento desta espécie de decisão é complexo e desloca para a fase satisfatória do processo um alto grau de atividade cognitiva. O objetivo é a concretização da política pública determinada pela sentença, mas até lá haverá muito a se decidir. Para que se chegue ao objetivo, deve o juiz traçar uma estratégia, um plano de atuação, incluindo a mediação entre as partes envolvidas, do que já advém a também necessidade de que o magistrado exerça uma função *mediadora*.

Exigir que o executado simplesmente cumpra o teor da decisão em determinado prazo (postura negativamente formalista), sem acompanhar esse cumprimento, seja diretamente, seja via um técnico nomeado para esta finalidade,³³ torna as chances de êxito da execução pequenas. A execução precisa, nesses casos, da elaboração de um plano específico, porém flexível e sujeito eventuais adaptações que se façam necessárias. Deve, também, ter o acompanhamento detido pelo juiz do cumprimento do plano e dos prazos. Esse é o juiz estrategista.

Por fim, o juiz que decide sobre políticas públicas é um mediador, em especial, um mediador institucional. A definição e a implementação de políticas públicas dependem muitas vezes da atuação de mais de um dos Poderes do Estado, de forma concatenada e na busca de um mesmo objetivo. O Judiciário, quando decidir pela reforma estrutural do Estado (p. ex. reestruturação do sistema educacional ou penitenciário) será o grande mediador dessa

33 Prevê o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas: Art. 19 – Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 17, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.



transformação, possibilitando uma necessária interlocução entre as Instituições envolvidas (p. ex. Legislativo, Executivo, Ministério Público, Sociedade Civil) para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.³⁴

5.2. *Universalização dos direitos sociais e a coletivização da tutela jurisdicional*

Já foi mencionado no início deste relatório que um dos motivos para judicialização da política foi a constitucionalização dos direitos fundamentais, pautada na busca pela concretização do valor igualdade substancial. Isso porque o modelo novecentista do Estado Liberal de Direito não conseguiu responder de forma adequada às necessidades de justiça distributiva e gerou o incremento das desigualdades sociais. No Estado Social de Direito, que ao primeiro se seguiu, assistiu-se a um movimento de revalorização da discussão sobre o bem comum e a distribuição de bens escassos em sociedade. Já no atual modelo de Estado Democrático de Direito veio a constitucionalização dos direitos sociais, que também se insere nesta discussão, na medida em que garante e torna exigível um padrão mínimo de igualdade de fruição de bens coletivos.³⁵ Esta exigibilidade dos direitos sociais, como visto acima, transfere ao Judiciário brasileiro a competência para a discussão sobre justiça distributiva, transformando esse Poder do Estado em mais uma arena política de discussão.

O problema que se verifica, porém, é que, a despeito de se tratar de uma questão de alocação de bens escassos (justiça distributiva), a Judicialização dos direitos sociais frequentemente se realiza de forma individualizada, atomizada. É que os direitos sociais são

34 Sintetizando o que foi aqui exposto, vale repetir as palavras de Eduardo José da Fonseca Costa: "(...) na implantação judicial de políticas públicas, a mediação é algo novo e desafiador mesmo para quem está habituado a esse método alternativo de solução de controvérsias (...). Ademais, o juiz é obrigado a sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade tética); (b) com o staff técnico para que a ação dos políticos receba diretriz técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade tectônica); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que a ação tético tectônica também ganhe legitimidade tópica)" (A "execução negociada" de políticas públicas em juízo, p. 43-44).

35 Maria Tereza Sadek, *Judiciário e arena pública...*, p. 9.



direitos de todos, mas também são direitos de cada um. Sob este último enfoque, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados, podem ser exigidos judicialmente por cada um dos seus titulares. É o que garante o já mencionado direito fundamental de *inafastabilidade da tutela jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CF).

O tratamento atomizado de direitos sociais, porém, embora possível e legítimo, possui algumas consequências trágicas. Em primeiro lugar, sob a perspectiva do administrador, as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade de massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. Além disso, o tratamento processual individualizado do tema, em regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso pode significar a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização.

Esta última consequência é que mais aponta para uma contradição intrínseca: por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos; por outro, o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo. Em suma: para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade, o Poder Judiciário acabou se transformando em grande gerador de desigualdades. Isso ocorre porque não é possível resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa.

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, nesse sentido, esclarece que:

A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns (...). Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e



aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertençam à mesma classe sejam tratados igualmente. Como o Judiciário só procede se provocado, suas decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação (...), as decisões que pretendem fazer justiça distributiva, ou que sob o pretexto de fazer justiça comutativa estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo.³⁶

Percebe-se, portanto, que a doutrina brasileira aponta para uma falha no tratamento processual dos direitos sociais. O modelo processual civil brasileiro, no seu atual desenho, não se mostra apto a tutelar da melhor forma os direitos sociais, pois não fornece técnica processual adequada ao tratamento de questões de justiça distributiva.

É certo que o direito processual previu a tutela coletiva e desenhou todo um modelo processual diferenciado para a solução de conflitos de massa (indivisíveis ou não). Permitiu, porém, que paralelamente ao processo coletivo, convivesse o processo individual, sem que entre seus cursos houvesse relevante interferência recíproca (art. 104, CDC).

Se por um lado, o legislador garantiu o amplo acesso à justiça de pretensões individuais e coletivas, dando máxima eficácia ao mandamento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por outro permitiu o surgimento da contradição intrínseca entre o tratamento atomizado dos direitos sociais e sua necessária e essencial universalização.

O direito brasileiro busca, diante do cenário acima, desenvolver mecanismos processuais de coletivização/agregação de demandas/pretenções individuais que venham a se somar ao modelo de processo coletivo já vigente. Nesse sentido, é possível pensar em (i) técnicas de coletivização de pretensões individuais e (ii) técnicas de agregação de demandas individuais já propostas.

36 Jose Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais*, p. 132.



5.2.1. Técnicas de coletivização de pretensões individuais

As técnicas de coletivização das pretensões individuais criam mecanismos de transformação de um pedido (pretensão) individual em um pedido coletivo. Trata-se de técnica conhecida pelo direito norte-americano, que possibilita que, a requerimento de uma das partes, demandas originariamente propostas individualmente, sejam certificadas como *class actions*.³⁷ Esse mecanismo permite ao juiz reconhecer que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa pequena parcela de um conflito massificado, de natureza coletiva. Diante desse reconhecimento, o direito empodera o magistrado a chamar para o processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão.

O direito brasileiro ainda não possui técnica processual que permita a mesma solução. O Anteprojeto de Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas, porém, pretende inserir instrumento similar no nosso direito. Nesse sentido, os arts. 26, 27 e 28, do referido Anteprojeto preveem:

Art. 26 – Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º³⁸ e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

37 Antonio Gidi, A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos..., p. 194-195.

38 Na verdade, por interpretação, supõe-se que o artigo em referência seja na verdade o art. 6º, cujo parágrafo único dispõe: Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.



Art. 27 – Na hipótese prevista no artigo 26, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

Art. 28 - Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que :

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível , cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º - Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º - O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.

§ 3º - Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo (...).

A conjugação dos dois primeiros artigos leva às seguintes conclusões: (i) haverá uma limitação da possibilidade de tutela individualizada de direitos sociais, pois



somente os direitos sociais que configurarem mínimo existencial poderão ser exigíveis pela via individual; (ii) constituindo o direito mínimo existencial e, partindo-se da premissa de que os direitos sociais são universais e, portanto, devem ser tutelados de forma molecularizada, serão notificados os entes legitimados para a propositura de demandas coletivas para que verifiquem a possibilidade de ajuizá-las.

Num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que o previsto pelo art. 26 seria inconstitucional por violação ao já aqui mencionado princípio da infastabilidade da tutela jurisdicional. Não é, porém, o caso. O que art. 26 faz é positivar a consequência jurídica do reconhecimento de um determinado direito como sendo mínimo existencial. Como já visto, o mínimo existencial serve justamente para definir o núcleo duro do direito social, passível de justiciabilidade imediata. Se somente o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado é exigível, somente com relação a eles é possível a concessão da tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, de requisito para o acolhimento do pedido veiculado na demanda e não para sua acessibilidade ao Judiciário.

Como bem salientado por KAZUO WATANABE, a justiciabilidade de um direito *“não é requisito para acesso à justiça ou para o exame do mérito da ação, e sim o requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente”*.³⁹ O art. 26 não diz, portanto, que as pretensões que suplantam o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado não podem ser jurisdionalizáveis; diz, sim, que elas não poderão ser acolhidas. Caberá ao Judiciário, após a análise detida do caso, decidir se se trata de um ou outro caso.

Uma vez reconhecido que se trata de mínimo existencial ou direito social infraconstitucionalmente regulado na sua integralidade, o sistema processual projetado busca implementar o tratamento universal pela coletivização da questão. Como o direito brasileiro não previu a legitimidade da pessoa física para a propositura da ação civil pública, é necessário provocar os substitutos processuais autorizados em lei para dar início a uma demanda coletiva

39 Kazuo Watanabe, Controle Jurisdicional de Políticas públicas..., p. 216.



para que o façam. É nesse sentido o previsto pelo art. 27 que determina ao juiz notificar “o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo”.

Técnica diferente é a prevista no art. 28 do Anteprojeto. Segundo o texto atual, verificada a relevância social da questão, poderá o magistrado “converter em coletiva a ação individual”. Para tanto, basta que a demanda individual “tenha efeitos coletivos” ou demande tratamento isonômico em relação aos demais indivíduos que se encontrem na mesma situação do autor. Verifica-se que o art. 28 será aplicável a todo processo individual que verse sobre direito social, já que, como visto, a universalidade (e a necessidade de tratamento isonômico) é característica intrínseca e fundamental desses direitos.

A técnica, ao que parece, traz a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, por determinação do Poder Judiciário, toda vez que o magistrado, no caso concreto, vislumbrar a presença dos requisitos dos incisos I e II e, também, reconhecer a existência de relevância social na causa, fator de legitimação de atuação do *Parquet* em demandas coletivas, conforme desenho constitucional (art. 127, CF). O parágrafo 3º do art. 28 do Anteprojeto, nesse sentido, dispõe que se “nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo”. Ao contrário do previsto nos art. 9º, §1º, da LACP e no art. 28, do CPP, não há previsão de um juízo de reapreciação pelo Ministério Público da avaliação do promotor de justiça pela inexistência de relevância social a justificar o aditamento da demanda individual, transformando-a em coletiva. Trata-se de decisão que reconhece esta relevância e determina ao Conselho Superior do Ministério Público que indique promotor de justiça para fazê-lo. O órgão ministerial se limita a cumprir a ordem judicial de aditamento e promove a coletivização do pedido, mantendo-se o autor originário no polo ativo da demanda.



5.2.2. Técnicas de agregação⁴⁰ de demandas individuais já propostas

Outra técnica voltada a dar um tratamento racional às múltiplas demandas envolvendo a tutela de direitos fundamentais sociais no Brasil ou mesmo relações jurídicas plurilaterais é a que propõe o desenho de mecanismos de agregação. Como visto, dos direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão individual, já que configuram direitos subjetivos, pelo menos quando tratam do mínimo existencial. Uma vez violados, permitem a propositura de demanda individual, muitas vezes com cognição diferenciada, como é o caso do mandado de segurança.

A dimensão coletiva dos interesses sociais, porém, faz com que as demandas individuais assumam natureza massificada e importem, portanto, multiplicidade de processos, tratando sobre o mesmo tipo de violação e veiculando situações de direito substancial homogêneas. Esse fenômeno também ocorre em outras searas, envolvendo também a fixação de políticas públicas, como nos casos dos serviços públicos regulados por órgãos e agências estatais, em que, embora as relações jurídicas possuam dimensão individual, pois há contratos individuais de prestação de serviços, há uma dimensão coletiva nessa prestação, que deve ser homogênea em relação a todos os consumidores e corresponder a políticas públicas previamente traçadas pelo Estado. Há pesquisas ilustrando essa situação de massificação de demandas⁴¹ que, além de gerar um problema de gerenciamento de causas repetitivas para o

40 Terminologia utilizada pela aluna Juliana Justo Botelho Castello, em seu projeto de qualificação, de Tese de Doutorado, intitulado Tutela complexa: ações coletivas e técnicas de agregação e apresentado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

41 Sobre direito à saúde, v. a pesquisa “O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS”, Camila Durand Ferreira et. al., disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2FSobreIpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABg&usg=AFQjCNFH6xK_Fp8WYft-DNPYgFuBLoXWzg&sig2=3kWYPDntDVDksyH7kfo83g, acesso em 11/11/12. Também sobre direito à saúde é o levantamento realizado por Maria Tereza Sadek, *Judiciário e arena pública...*, p. 20 e ss.



Poder Judiciário, prejudica valores caros ao modelo processual brasileiro, como a harmonização de julgados.⁴²

Na tentativa de melhor equacionar essa situação, o legislador vem propondo o desenho de mecanismos variados, voltados à agregação de demandas individuais com julgamento único. A esse respeito, vale notar a criação recente dos incidentes de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 543-C e 543-B) e o incidente de julgamento de demandas repetitivas previsto pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional. Todas as técnicas, embora tenham suas especificidades, permitem a identificação de demandas individuais representativas da controvérsia que, quando julgadas, importarão definição da situação substancial controvertida e terão impacto sobre o julgamento de todas as outras demandas tratando da mesma questão.⁴³

Também com o intuito de resolver o problema de multiplicidade de demandas repetitivas, o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas propõe outra técnica de agregação de demandas individuais e coletivas para julgamento conjunto. O texto do projeto é o seguinte:

Art. 21 – Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

42 Sobre o impacto das demandas de massa perante o Judiciário, v. a pesquisa “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas”, Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em 11/11/12. A pesquisa estuda o fenômeno de congestionamento do Poder Judiciário pelas demandas versando sobre a legalidade da tarifa de telefonia básica e reflete o fenômeno da massificação dos processos e seu impacto na gestão judiciária.

43 No mesmo sentido foi a solução jurisprudencial dada no caso cadernetas de poupança (STJ, RE 1.110.549/RS), em que foi determinada a suspensão de ações individuais até a solução coletiva do caso.



Art. 23 – Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

Como se vê, a reunião de processos para julgamento conjunto pode ocorrer tanto em primeiro (art. 21), quanto em segundo (art. 23) grau de jurisdição, desde que seus pedidos versem sobre a implementação de políticas públicas. Ambos os artigos trazem como requisitos para a reunião a identidade na figura do ente político responsável pela política pública, o que é justificável, pois entes políticos diversos podem significar políticas públicas diversas. O objetivo da reunião, que fica claro no texto legal, é uma decisão equânime e exequível sobre a política pública como um todo e não adstritas às situações subjetivas discutidas em cada um dos processos individualmente considerados.

5.3. Rigidez formal

O modelo processual civil brasileiro é um modelo caracterizado pela rigidez. São rígidas as regras para a fixação do objeto do processo⁴⁴ e também as relacionadas à preclusão das questões incidentais⁴⁵ e à preclusão máxima, representada pela coisa julgada. Essa rigidez ora se fundamenta na necessidade segurança jurídica (coisa julgada), ora se fundamenta na necessidade de garantir a marcha processual, evitando retrocessos procedimentais (estabilização da demanda e preclusões).

44 Sobre a estabilização da demanda, como se sabe, o Código de Processo Civil admite a alteração do pedido e da causa de pedir somente até a citação. A partir da citação, é necessária a concordância do réu e, mesmo com ela, há o limite do saneamento, após o qual nenhuma alteração é permitida (art. 264 e art. 294, CPC).

45 Nesse sentido, em especial quanto ao procedimento comum ordinário, v. Heitor Sica, Preclusão processual civil, p. 292.



Em processo visando a implementação de políticas públicas, em especial os processos coletivos, a rigidez do sistema processual é apontada como prejudicial à tutela jurisdicional. É que demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares. Uma característica dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-lo não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo.⁴⁶

As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo costumam ser insuficientes para lidar com essa mutabilidade inerente dos direitos difusos. O pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que agora, demanda outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir. Por exemplo, é possível que a política pública objetivada quando da propositura de uma ação civil pública deixe de ser adequada para atender à realidade social no decurso do processo. Será o caso, então, de carência de ação superveniente, pois se a tutela jurisdicional não é mais necessária ou mesmo adequada à proteção do direito, o autor deixa de ter interesse de agir (art. 267, VI, CPC).⁴⁷ A providência a ser tomada por esse autor, então, será a propositura de nova demanda, voltada a consecução de outra tutela jurisdicional necessária e readequada à nova realidade do direito difuso, sempre, porém, correndo o risco de nova alteração da situação fática e da nova superveniência de carência. Trata-se de solução claramente inefetiva.

46 Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “esses interesses (difusos) exsurgem a partir de situações contingenciais, repentinas, imprevisíveis (...) verifica-se que é efêmera a duração do interesse difuso daí decorrente: deve ele ser tutelado prontamente, antes que se altera a situação de fato que o origina” (Os interesses difusos, p. 107).

47 José Roberto dos Santos Bedaque aponta a existência e prevalência de interpretação restritiva do teor do art. 462, CPC, que só permite a consideração pelo juiz de fato constitutivo do direito do autor superveniente se ele guardar nexos com o fato principal afirmado na petição inicial e delimitador da causa de pedir originária. O autor critica o posicionamento da doutrina, pois o entende dissociado da lógica instrumental do processo (Efetividade do processo e técnica processual, p. 137).



Da mesma forma, a coisa julgada, entendida como a preclusão máxima do processo, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da decisão prolatada (material) e não mais sujeita a recursos (formal). Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da contingencialidade dos processos envolvendo políticas públicas, pode se mostrar ineficiente, justamente porque pode conter comandos não mais necessários por motivo de alteração da realidade fática.

O processo civil brasileiro, diante deste cenário, busca redesenhar suas técnicas, de forma a garantir a tutela adequada do direito material tratado, sem violar os valores resguardados pelo atual modelo vigente (segurança jurídica e celeridade). Já existem, nesse sentido, algumas propostas legislativas de modificação do modelo vigente.

No tocante à estabilização da demanda, o Projeto de Lei de Nova Lei de Ação Civil Pública (nº 5139/09), rejeitado pela Câmara, dispunha que:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Era prevista, como se vê, uma flexibilização das regras de fixação do objeto litigioso, desde que garantido o contraditório e o direito à prova da parte contrária.⁴⁸ Embora essa saída pudesse importar retrocessos na marcha processual, tinha o mérito de, em casos de mutação da situação fática no curso do processo, permitir o aproveitamento da relação jurídica

48 José Roberto dos Santos Bedaque defende essa possibilidade também para o processo individual fundado na proposta de unificação das regras processuais sobre litígios transnacionais do The American Law Institute (Efetividade do processo e técnica processual, p. 141).



processual e sua adaptação à nova realidade, sem ferir o devido processo legal.⁴⁹ Diante da rejeição do projeto, porém, a nova técnica não será incorporada ao ordenamento jurídico positivado em um futuro próximo.

No tocante à imutabilidade decorrente da coisa julgada, o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas prevê a possibilidade de adaptação da decisão transitada em julgado às peculiaridades do caso concreto pelo juiz da execução. O texto é o seguinte:

Art. 17 (...)

Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Embora a redação do parágrafo seja um pouco genérica e necessite de uma maior definição seja doutrinária, seja jurisprudencial, do que se entende por “políticas públicas que se mostrem mais adequadas” e decisão que se “revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito”, o fato é que a proposta legislativa identifica a insuficiência do modelo atual rígido para o tratamento de políticas públicas e propõe a flexibilização das regras interpretativas da coisa julgada.

49 Ao tratar de hipóteses em que o autor deixa de trazer a juízo o conflito na sua integralidade, Daniela Monteiro Gabbay sustenta a interpretação ampliativa da causa de pedir e do pedido em processos coletivos. Para a autora, “em se tratando de processo coletivo, se o autor formula o pedido de modo restritivo, restará aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade, diante de fatos muitas vezes complexos e contingenciais subjacentes, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Somente desta maneira restará preservada a indisponibilidade deste direito, que não pertence a um único indivíduo, tampouco àquele que postula em juízo em virtude de legitimação conferida por lei” (Pedido e causa de pedir, p. 115).



5.4. Motivação

A judicialização de políticas públicas gera uma ampliação do ônus argumentativo do julgador. Isso porque a decisão sobre a alocação de recursos escassos implica escolha minuciosamente justificada, após detalhado processo de ponderação entre interesses públicos legítimos. Essa decisão carregará sempre um conteúdo político, para além do natural conteúdo jurídico, que demanda a justificativa da escolha. A doutrina brasileira sustenta, nesse sentido, a insuficiência das decisões liminares ou finais estruturadas de forma meramente silogísticas,⁵⁰ que não se detenham sobre aspectos específicos do caso concreto e não analisem a complexidade dos valores envolvidos.

As decisões sobre a prevalência ou não de direitos e interesses que possuem alto grau de fundamentalidade na estrutura básica do Estado deve possuir estrutura argumentativa racional clara e voltada não somente para o convencimento das partes ou das instâncias superiores, mas também à legitimação pública do teor do julgado. No Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional se ampara também na necessidade de justificação geral, que permite, dentre outros, o controle social da atividade jurisdicional.

5.5. Democratização do processo

Por fim, uma alteração da técnica processual brasileira que ganha força nos últimos tempos, e é geralmente relacionada ao movimento de judicialização da política, é a voltada a ampliar no processo da participação da sociedade no Poder Judiciário. De fato, a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a decidir sobre políticas públicas, é necessário incrementar os mecanismos de legitimação da decisão pela participação e oitiva dos grupos envolvidos, nem sempre incorporados à relação jurídica processual.

50 Sobre as críticas à lógica silogística das sentenças, v. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nulidades do processo e da sentença, p. 314 e ss.



É importante pontuar, porém, que essa necessidade de ampliação de espaços de participação não significa transformar o Poder Judiciário em um Poder majoritário. Ao contrário, o Judiciário continua mantendo sua natureza essencial de Poder contramajoritário, garantidor dos interesses de grupos menos articulados na teia social.

No processo envolvendo direitos subjetivos privados, a legitimação política da decisão se dá pela observância do contraditório, que pressupõe a participação das partes na construção da decisão, ou ao menos a garantia da sua possibilidade.⁵¹ No processo envolvendo questões relacionadas à políticas públicas, em especial nos processos coletivos, essa legitimação deve ser reforçada, na medida em que implica a realização de escolhas sobre interesses públicos prevaletentes. Sem dúvida, a implementação de um contraditório real e dinâmico é também essencial para a decisão sobre programas de governo. Não se mostra adequada, por exemplo, a prolação de decisão pautada no princípio dispositivo que se utilize de regras sobre ônus da prova e se contente com presunções de veracidade. Evidencia-se, nesse ponto, mais uma vez o papel do juiz e de seus poderes instrutórios na busca pela aproximação entre o cenário probatório e a realidade dos fatos. Mas os processos buscando a implementação de políticas públicas também começam a lançar mão de outros mecanismos de democratização que vão para além da cooperação entre os sujeitos processuais.

São técnicas de democratização do processo: a realização de audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae*.

As audiências públicas, que têm sido utilizadas especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, permitem a participação popular direta na formação das decisões judiciais. Elas possibilitam uma aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil, pois abrem um canal para que indivíduos e grupos sociais manifestem-se sobre questões jurídicas

51 V., nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, para quem o contraditório é “resumidamente, a garantia de participação, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo o processo político e o exercício do poder” (A instrumentalidade do processo, p. 285).



controvertidas, em especial, as envolvendo conflitos entre interesses públicos legítimos.⁵² As audiências públicas são práticas essencialmente democráticas e estimulam o exercício da cidadania.⁵³ Trazem maior publicidade, transparência e legitimidade para a atividade jurisdicional.

O *amicus curiae*, como se sabe, é o terceiro que ingressa no processo civil objetivando a tutela de um interesse institucional com o objeto da demanda. Ele busca representar um grupo ou uma coletividade que será afetada pela decisão e, para tanto, amplia e aprofunda o debate travado no processo. A adoção dessa técnica tem a aptidão de melhorar a qualidade da tutela jurisdicional, pois faz com que ela seja fruto de uma discussão mais complexa e refletida.⁵⁴ Serve, também, como fator de ampliação da legitimação política desta mesma tutela, uma vez que o *amicus curiae* “se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz”.⁵⁵

Tanto as audiências públicas, como o *amicus curiae*, representam técnicas de democratização do processo civil brasileiro, pois permitem a oitiva de grupos interessados, representativos da luta social, que são internalizados no processo. A decisão, embora não tenha

52 No STF, é possível citar a realização de audiências públicas na ADPF 54, que discutia a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de feto anencefálicos e da ADIN 3510, que tratava da inconstitucionalidade dos artigos da Lei de Biossegurança que permitiam pesquisas científicas com a utilização de células tronco, dentre outras.

53 Há muitas críticas ainda à forma como essas audiências públicas têm sido conduzidas, especialmente sobre a efetiva possibilidade de influência dos cidadãos na formação da decisão. Há relatos, p. ex., de audiências realizadas com definição prévia de prazos excessivamente reduzidos que sequer permitiam aos participantes a possibilidade de expor com clareza um ponto de vista. Realmente, para representarem efetivos instrumentos de democratização do processo, as audiências públicas não podem ser procedimentos meramente formais. Nesse sentido, ainda há espaço para muita maturação da técnica, com a criação de procedimentos que efetivamente garantam a consideração dos argumentos trazidos nessas oportunidades pelos julgadores.

54 No Brasil, a participação do *amicus curiae* vem prevista em diversos dispositivos legais, dentre eles: a Lei 6385/76 (CVM), em processos individuais envolvendo direito societário; a Lei 9868/99 (art. 7º, §2º), que define o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC); a Lei 8884/94 (CADE), em processos em que se questione a aplicação da lei; e o próprio Código de Processo Civil, nos procedimentos voltados ao reconhecimento de repercussão geral nos recursos extraordinários e o julgamento de recursos repetitivos, perante o STJ e o STF. Consta na versão do Senado Federal do Projeto de Novo Código de Processo Civil previsão de generalização da figura do *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro (Projeto de Lei 166/10, art. 324).

55 Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*, p. 161.



que necessariamente optar pela solução representativa do interesse majoritário, será politicamente mais legítima e, qualitativamente melhor, pois levará em conta toda a complexidade envolvida na demanda. É essa decisão que se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito vigente.

6. Conclusões

Diante de todo o acima exposto, verifica-se que o controle judicial de políticas públicas no Brasil é uma realidade decorrente de múltiplos fatores sociais, políticos e jurídicos. Trata-se de fenômeno próprio de um modelo de Estado Democrático de Direito e de um ordenamento jurídico estruturado em princípios e caracterizado pela constitucionalização de direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal de 1988 é o grande marco desse processo, uma vez que promove um rearranjo institucional e transforma o Poder Judiciário em mais uma arena de debate político, ao lado dos demais *locus* já tradicionalmente encarregados desse mister. O Judiciário, como uma arena a mais, possui vantagens e desvantagens em relação às demais e, até mesmo por conta das suas limitações intrínsecas, não substitui o processo político travado nos Poderes Legislativo e Executivo. Sua atuação legitima-se na medida do papel controlador dos demais Poderes que exerça e, portanto, deve ser subsidiária e limitada por parâmetros como o da proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial.

A judicialização da política, ainda, traz para o direito processual civil brasileiro a necessidade de adaptação da técnica. O processo, seja o individual, seja o coletivo, da forma como hoje desenhado e interpretado não apresenta mecanismos totalmente aptos a tratar adequadamente das demandas envolvendo questões de justiça distributiva.

A mudança exige a redefinição da própria função judicial, mas passa também pela reinterpretção das técnicas existentes e criação de novos mecanismos processuais de tratamento de demandas massificadas, que se caracterizam pela veiculação de direitos



universais, essencialmente políticos e representativos dos valores mais caros à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari, O conceito de política pública em direito, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Ministério da Justiça, “*Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas*”, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em 11/11/12.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: DIDIER JR. Fredie et. al (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-167.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (coord.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 17-42, 2003.



CORTEZ, Luís Francisco Aguilar, Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE: Kazuo, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 285-307.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução forçada” de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, v. 212, out/2012, p. 25-56.

DANIEL, Juliana Maia, Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE: Kazuo, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93-124.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Camila Durand et. al., *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS*, disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2FSobreIpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiaacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABq&usq=AFQjCNFH6xK_Fp8WYfT-DNPyqFuBLoXWzq&sig2=3kWYPDntDVDksyH7kfo83g, acesso em 11/11/12.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, n. 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*, São Paulo: Saraiva, 2010.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979.



_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, *O processo – estudos e pareceres*, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 36-57.

_____. NOVAS TENDÊNCIAS EM MATÉRIA DE LEGITIMAÇÃO E COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS: RELATÓRIO GERAL – CIVIL LAW. IN: GRINOVER, ADA PELLEGRINI E CALMON, PETRÔNIO (ORG.). *DIREITO PROCESSUAL COMPARADO: XIII WORLD CONGRESSO OF PROCEDURAL LAW*, RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2007, p. 305-499.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin, A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE: Kazuo, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237-283.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, p. 68-93, 2002.

_____. *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública, um olhar a partir da ciência política. . In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.



SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 39-45, jan./mar. 2.002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15-21, 2003.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.