

LÚCIO MAURO CARLONI FLEURY CURADO

**A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS
PELA VIA NÃO JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado.

Orientadora: Professora Associada Dra. ANNA CANDIDA DA CUNHA
FERRAZ.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

LÚCIO MAURO CARLONI FLEURY CURADO

**A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS
PELA VIA NÃO JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Dra. ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

**Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Curado, Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado

A efetivação de direitos sociais pela via não judicial. / Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado ; orientadora Anna Candida da Cunha Ferraz. -- São Paulo, 2018.

241 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direitos sociais. 2. Efetivação coletiva. 3. Via não judicial. 4. Instrumentos de efetivação. 5. Agentes. I. Ferraz, Anna Candida da Cunha, orient. II. Título.

Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado. A efetivação de direitos sociais pela via não judicial. 2018. 241 folhas. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

Tem tido bastante destaque no debate jurídico contemporâneo a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais, sendo abundantes os textos que, discorrendo acerca do grau de eficácia da norma constitucional que positiva direitos prestacionais ou sobre os contornos da separação de Poderes, se voltam à discussão dos limites de legitimidade da intervenção judicial nessa seara.

O presente estudo busca enfrentar o tema dos direitos sociais sob um viés alternativo, enfocando as possibilidades de atuação *não judicial* nesse cenário.

Pauta-se o estudo pela compreensão de que o texto constitucional traz um dever geral de busca, no maior grau possível, da implementação dos direitos sociais nele previstos.

Para os atores públicos imbuídos de atuar nesse campo há um dever de atuação intrínseco ao próprio exercício de suas funções, e para seu cumprimento podem fazer uso de variados instrumentos que viabilizam soluções resolutivas independentemente de intermediação judicial.

Para os cidadãos, por outro lado, há um dever fundamental de contribuir para com o objetivo de construção de uma sociedade solidária. Não obstante a atuação aqui se pautem em regra pela voluntariedade e por mais ampla liberdade – mas com menor amplitude de instrumentos –, o texto buscará o resgate da noção de que recai também sobre a sociedade, e não apenas sobre o Estado por ela criado, o papel de contribuir ativamente para a definição dos rumos da coisa pública.

Resgata-se a solidariedade como valor que não apenas justifica a própria positivação dos direitos sociais, como também impõe difusamente uma responsabilidade por sua consecução, que se faz possível não apenas pela

atuação estatal mas também, complementarmente, através dos mecanismos abertamente facultados à iniciativa privada.

O trabalho também discutirá os sujeitos passivos da responsabilidade de satisfação de direitos sociais, identificando a possibilidade de demandar o cumprimento de dadas prestações não apenas em face do Estado-Administração, mas também em face de determinados atores privados.

No curso da apresentação serão trazidos os contornos distintivos das vias extrajudicial e judicial na busca pela efetivação de direitos sociais, com a problematização das dificuldades e dos limites de cada qual.

Nesse trajeto será delineada a ampliação da noção de acesso à justiça para abarcar soluções não judiciais de controvérsias, sendo indicada a evolução, nesse debate, da compreensão acerca dos limites de abordagens consensuais junto à Administração em matéria de direitos coletivos.

A exposição será ilustrada por estudos de casos representativos do alcance possível de atuações não judiciais.

Espera-se contribuir assim para clarear o debate dos direitos sociais, indicando que resultados satisfatórios nesse campo podem vir por variados caminhos, que merecem ser melhor conhecidos.

Direitos sociais – concretização – esfera extrajudicial – instrumentos – atores

Lúcio Mauro Carloni Fleury Curado. Social rights' non judicial implementation. 2018. 241 pages. Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

The problem of the realization of fundamental social rights has been very prominent in the contemporary legal debate, and are abundant the texts that, discussing the extension of the efficiency of constitutional rules that bring rights to benefits, focus on the limits of the legitimacy of judicial intervention in this area.

The present study lends itself to bringing an alternative approach to the theme, focusing in the possibilities of non-judicial action in this scenario.

The study is based on the understanding that the constitutional text stands a general duty to seek, as far as possible, the implementation of the social rights envisaged in it.

For the public actors imbued with acting in this field there is a duty of action intrinsic to the proper exercise of their functions, and for its fulfillment they may make use of various instruments that enable resolute solutions regardless of judicial intermediation.

For citizens, on the other hand, there is a fundamental duty to contribute to the goal of building a supportive society. Notwithstanding the fact that as a rule the action here is based on willingness and broader freedom - but with a smaller range of instruments - the text will seek to rescue the notion that it also falls on society, not only on the State it creates, the role to contribute actively to the definition of the directions of the public interest.

Solidarity is rescued as a value that not only justifies the very positivization of social rights, but also imposes a diffuse responsibility for its achievement, which is made possible not only by state action but also, complementarily, through mechanisms openly provided to private initiative.

The paper will also discuss the responsables for the satisfaction of social rights, identifying the possibility of demanding the fulfillment of benefits not only opposite the State, but also opposite certain private actors.

In the course of the presentation, the distinctive outlines of extrajudicial and judicial channels in the search for the realization of social rights will be brought forward, with the problematization of the difficulties and the limits of each one.

In this way, it will be shown the expansion of the notion of access to justice to encompass non-judicial dispute resolution, indicating the evolution, in this debate, of the understanding of the limits of consensual approaches along with the Administration in matters of collective rights.

The exposition will be illustrated by case studies and by statistical data representative of the possible reach of non-judicial actions.

It is hoped that this approach will help to clarify the debate on social rights, indicating that satisfactory results in this field can come in different ways, that deserve to be better known.

Social rights – implementation – non judicial arena – instruments – actors

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Delimitação conceitual e metodológica	15
2. O lento caminho da positivação à efetivação de direitos sociais.....	25
3. A busca judicial e os problemas do ativismo.....	39
4. A reformulação da noção de acesso à justiça.....	51
4.1. O fomento aos meios alternativos e o sistema multiportas.....	60
4.2. A disseminação do discurso jurídico e a interpretação aberta da Constituição	69
5. Contornos e particularidades da via não judicial	75
6. A atuação extrajudicial de atores estatais.....	97
6.1. A indisponibilidade do interesse público e a negociabilidade de direitos sociais.....	97
6.2. A pluralidade de agentes no direito positivo brasileiro e o diálogo interinstitucional	106
6.3. Os influxos do direito comparado.....	120
6.4. Instrumentos de atuação.....	127
6.4.1. Poder de requisição.....	128
6.4.2. Recomendação e instrumentos análogos	139
6.4.3. Compromisso de ajustamento de conduta	146
6.4.4. Audiência pública	153
6.4.5. Outros instrumentos	160
6.5. Mecanismos de controle	163
6.6. Casos concretos de atuação estatal	172
7. Direitos sociais e solidariedade.....	191
7.1. Deveres fundamentais sociais	196
7.2. Redimensionamento do papel da cidadania	205
7.3. Impacto potencial da atuação da sociedade civil	212
Conclusão	221
Referências.....	223

INTRODUÇÃO

A temática da concretização dos direitos sociais normalmente é associada à discussão relativa à implementação judicial desses direitos, em demandas usualmente apresentadas por indivíduos em face do Estado.

Essa é, contudo, apenas uma faceta do tema.

São plúrimas as possibilidades de efetivação de direitos sociais através de medidas aplicáveis no campo não judicial, e o propósito do presente estudo é justamente explorar essas outras vertentes, demonstrando como direitos sociais podem ser efetivados independentemente da intervenção do Poder Judiciário, seja pela atuação de outros atores estatais, seja pela atuação da própria sociedade civil.

O estudo será permeado pela exposição de casos que ilustrarão os gigantescos benefícios potenciais auferíveis da ocupação progressiva do espaço extrajudicial de efetivação de direitos sociais, por atores públicos e privados.

No que toca a direitos pleiteáveis junto ao poder público, mostrar-se-á como não há mais espaço, no mundo atual, para uma Administração Pública resistente à efetivação de direitos pela via consensual e apegada ao comodismo do processo judicial, em que as decisões sobre os rumos da coisa pública são impostas pelo juiz ao gestor, que com isso não assume por elas o correspondente ônus político.

Para além dos questionamentos afetos à (i)legitimidade democrática da intervenção judicial na conformação de políticas públicas, serão demonstrados, na trilha dos problemas do ativismo do Judiciário, como atuações outras podem se revelar mais céleres, efetivas e legítimas.

O caminho percorrido no texto demonstrará que é tempo de a Administração assumir a responsabilidade plena pela gestão da coisa pública, de maneira aberta aos influxos de órgãos outros que não apenas o Judiciário, e especialmente de modo transparente e responsivo às demandas da população.

Não há mais tempo, no frenético mundo atual, para o rito lento e rígido do processo judicial quando se trata de demandas relativas a interesses coletivos e a políticas públicas, e alternativas existem nesse cenário, que não

apenas aguardar indefinidamente que os responsáveis ajam por sua própria iniciativa.

De outro lado, será discutido o alcance do objetivo constitucional de construção de uma sociedade solidária, deixando-se claro o papel absolutamente essencial da cidadania na efetivação de direitos sociais – seja pela atuação direta de setores da sociedade, seja especialmente pela participação mais ativa no controle e até mesmo na construção de políticas públicas.

Será demonstrado, pois, como a busca por direitos sociais pode se dar pela interlocução não apenas junto à Administração Pública, mas também junto a agentes privados.

Embora o enfoque inicial do texto venha a recair nos limites e possibilidades de atuação de órgãos e entes estatais, será dado ao final algum espaço à discussão relativa à existência de deveres fundamentais sociais – a justificar a busca da responsabilidade de atores privados pelo resguardo ou pela implementação de certos direitos, como decorrência da assunção de determinadas posições jurídicas.

Por certo, não obstante a responsabilidade primária pela implementação de direitos sociais e pela definição de políticas públicas incumba ao Estado, o ordenamento não apenas abre espaço para a atuação da própria sociedade civil em certos nichos, como fomenta atuações privadas voltadas à consecução do interesse público primário e, quanto a certos direitos, impõe deveres reflexos.

A exposição indicará ainda o crescimento do interesse dos cidadãos no acompanhamento e na discussão de seus direitos, e como esse fenômeno tem potencializado o controle popular da coisa pública – inclusive por meio das facilidades inerentes à tecnologia da informação.

Como reflexo da instantaneidade das notícias e da rapidez da publicação de demandas sociais, surge uma expectativa legítima por resultados e mudanças também céleres, de modo que não há mais lugar para uma cidadania passiva e acrítica, à eterna espera de mudanças estatais prometidas em campanhas e raramente implementadas sem alguma cobrança social.

Numa sociedade, como a brasileira, marcada por extrema desigualdade social e por ausência de patamares uniformes mínimos de

dignidade, o tempo das mudanças deve acompanhar o volume, a complexidade e o ritmo de crescimento dos problemas sociais.

É de ser construída, assim, uma cultura mais difusa de responsabilidade pelos rumos sociais e pelo trato da coisa pública.

Pelo Estado-Administração, não mais a beligerância processual e o protelar infundável de recursos, mas o tratamento sério e eficaz dos anseios populares, sem o recurso ao paternalismo do Estado-Juiz.

Pelos órgãos de controle e pelos atores atuantes como um todo no sistema jurídico estatal, não mais o tratamento protocolar e formal dos pleitos sociais e dos casos sob sua apreciação, nem tampouco o demandismo que simplesmente transfere a outro ente – o Judiciário – a responsabilidade pela solução dos problemas. O que se espera – e o trabalho se presta a contribuir à satisfação desse anseio – é a atuação resolutiva, proativa e séria no tratamento dos direitos sociais.

Pela sociedade, por sua vez, o exercício do protagonismo que lhe cabe, com a assunção de uma cidadania cada vez mais presente, participativa e solidária, e com a delimitação de uma responsabilidade social pela consecução de deveres de cooperação com a melhoria da coisa pública.

O estudo procurará demonstrar ainda como essas mudanças já vêm tendo curso, e de maneira acelerada.

A consensualidade tem sido cada vez mais fomentada no sistema jurídico pátrio e albergada inclusive e especialmente em pleitos perante a Administração.

Antes circunscritos os termos de ajustamento de conduta (TACs) a atuações esparsas de membros do Ministério Público atuantes na tutela coletiva de direitos, hoje fazem parte da rotina institucional de diversos órgãos públicos, mesmo em matéria de direitos tradicionalmente reputados como indisponíveis.

Órgãos públicos com perfil de atuação originariamente mais restrito, como a Defensoria Pública, vêm também ocupando esse espaço da consensualidade extrajudicial no enfrentamento resolutivo de questões sociais de abrangência coletiva.

Os Tribunais de Contas e, mais limitadamente, os órgãos de controle interno, também têm assumido o papel que lhes é possível exercer nesse campo, contribuindo, pelo controle sobretudo financeiro de políticas públicas, para

o resguardo da capacidade estatal de arcar com suas obrigações em matéria de direitos sociais.

As advocacias públicas, por seu turno, têm se reestruturado para albergar cada vez mais as soluções consensuais, assumindo maior protagonismo no debate jurídico de políticas públicas.

O estudo transitará por todas essas esferas de atuação extrajudicial – passando ainda pelo papel passível de ser exercido por agências reguladoras no contexto dos direitos sociais –, dando o destaque devido à figura do Ministério Público, instituição vocacionada por excelência para esse mister de atuação extrajudicial na tutela coletiva de direitos sociais.

Serão delimitados os instrumentos jurídicos à disposição de cada um desses atores, com enfrentamento da legitimidade e da resolutividade de suas atuações, sendo trazidos, sempre que possível, casos concretos ilustrativos das respectivas atuações.

Será mostrado como os instrumentos já disponibilizados pelo ordenamento a esses agentes são muitas vezes suficientes, por si sós, para a própria solução dos problemas enfrentados, e não apenas para a coleta de elementos aptos a subsidiar a judicialização das questões (no caso de órgãos também dotados de legitimação processual para litigar em juízo).

Será destacada a mudança de cultura que vem acompanhando esse processo, em que a via judicial é deixada como medida residual a ser porventura adotada apenas em caso de insucesso nas tentativas de solução dialogada.

Da cultura, pois, da sentença para a cultura da pacificação.

Dada a nota de indisponibilidade que caracteriza tanto os direitos sociais quanto a atuação da Administração, serão enfrentados os limites da consensualidade nesse campo.

É de ser superada a ideia de que à Administração cabe resistir, pela nota da indisponibilidade do interesse de que é titular, ao diálogo.

O que se vem notando – como será indicado pela exposição de casos – é a progressiva adoção de uma postura aberta à argumentação jurídica e à construção de soluções criativas que atendam aos reclamos sociais.

Será mostrado ainda como a sociedade tem cada vez mais se conscientizado do peso de seu papel na definição dos rumos sociais, por vezes cobrando diretamente medidas do gestor público, por vezes apoiando atuações

institucionais de órgãos de Estado vocacionados à tutela coletiva, ou ainda manifestando-se publicamente acerca da maior ou menor aceitabilidade de políticas públicas, ou sobre a maior ou menor premência de medidas estatais neste ou naquele campo, eventualmente assumindo até, ela própria, a responsabilidade solidária por contribuir, tanto quanto possível, para a solução dos problemas sociais.

O trabalho, como dito, trará casos concretos aptos a ilustrar a pluralidade de atuações possíveis no campo extrajudicial, pelos mais diversos atores, públicos e privados, com o fito de demonstrar como, com criatividade, é possível construir soluções rápidas e palpáveis.

Será delineada, em suma, a mudança de mentalidade em curso em matéria de direitos sociais.

O Estado social não consegue acompanhar o crescimento populacional e garantir sozinho, como pretendo segurador universal, o acesso igualitário a todos os direitos constitucionalmente previstos.

A defesa pura e simples da força normativa do texto constitucional é insuficiente para impor todas as medidas necessárias, num cenário de finitude de recursos financeiros.

O momento é, pois, de valorização da democracia cidadã, com a participação mais ativa da sociedade – seja diretamente, seja por intermédio da voz de órgãos estatais inseridos na esfera pública – junto à Administração.

É também momento de despertar para os deveres sociais de contribuir, paralelamente ao Estado, para a construção da sociedade solidária que o texto constitucional objetiva.

Espaço há, de sobra, para a efetivação não judicial de pleitos sociais, e o trabalho cuidará de apresentar um pouco desse despertar da sociedade para uma forma diferente de lutar por seus direitos.

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E METODOLÓGICA.

Discorrer sobre a efetivação de direitos sociais implica antes de tudo delimitar conceitualmente esses direitos, bem como explicitar o alcance que lhes será dado no trabalho.

Não é raro encontrar na doutrina abordagens sobre problemas afetos a direitos sociais que passam ao largo da delimitação conceitual desses direitos, partindo do pressuposto de que se trata de conceitos já consolidados e restringindo-se a delimitá-los a partir da enumeração exemplificativa de suas espécies, como os direitos à saúde, à educação, à moradia e ao transporte.¹

Uma adequada exposição do tema pressupõe, contudo, um mínimo enfrentamento acerca de quais elementos permitem discernir ontologicamente esses direitos de outros, não sendo suficiente sua simples enumeração tipológica, até pelo fato de que novos direitos podem surgir no curso da evolução social, de modo que a listagem dos que são hoje reconhecidos nessa categoria não pode ser colocada como fechada ou definitiva.

Na busca, pois, de elementos diferenciadores, os estudiosos do tema observaram como nota distintiva dos direitos sociais o fato de que demandam prestações positivas por parte do Estado.

Nesse sentido a análise de Mark Tushnet:

*“Foi afirmado que direitos sociais são diferentes. Eles muitas vezes parecem demandar provisões sociais; governos não podem simplesmente se colocar de lado, devem tomar medidas positivas para assegurar que direitos a moradia, alimentação e trabalho sejam honrados”.*²

Em termos análogos, John Tweedy e Alan Hunt descrevem como sociais todos aqueles direitos que, em contraposição a direitos civis e políticos, implicam obrigações positivas pelo Estado.³

¹ É o caso de Fletcher e O'Brien, que contrapõem os direitos sociais aos direitos civis e trazem o rol de espécies de cada um, sem contudo enfrentar os elementos conceituais de cada qual (FLETCHER, Agnes; O'BRIEN, Nick. Disability Rights Commission: From Civil Rights to Social Rights. *Journal of Law and Society*, v. 35, n. 4: 520-550, dec. 2008).

² “It has been contended that social rights are different. They often seem to require social provision; governments cannot simply stand aside, but must take positive steps to assure that rights to shelter, food and work are honored” (Civil Rights and Social Rights: The Future of the Reconstruction Amendments. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 25, 1992, p. 1211, tradução nossa).

³ “(...) direitos sociais, conceitualmente diferenciados de outras variedades de direitos em razão das obrigações positivas impostas ao Estado em prol dos cidadãos (...)”. No original: “(...) social

Similar é o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, para quem “(...) o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”.⁴

Esse último autor identifica, pois, direitos sociais como aqueles cujo objeto de proteção é a realização de uma prestação por parte do Estado. Não obstante reconheça que liberdades públicas e direitos políticos também exijam prestações estatais, observa que esse não é o específico objeto de proteção desses outros direitos, de caráter predominantemente negativo, diferentemente dos direitos sociais, que demandam prestações próprias à busca da igualdade material entre os indivíduos:

*“Nem todo direito a prestações é um direito social. (...) também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal. (...) Os direitos decorrentes desses deveres estatais são os direitos a prestações em sentido amplo, e se diferenciam dos direitos sociais na medida em que não têm como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos, que é o escopo por excelência desses últimos”.*⁵

Dirley da Cunha Junior traz definição com viés parecido:

*“Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitem realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais”.*⁶

Nota-se, pois, alguma uniformidade entre as abordagens, no sentido de colocar os direitos sociais como direitos a prestações (direitos positivos), diferenciando-se nesse sentido dos chamados direitos de defesa (direitos negativos, ou a abstenções).

Sobre a noção de direitos a prestações, é a seguinte a lição de Robert Alexy:

“Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o

rights, conceptually distinguished from the other varieties of rights by virtue of the positive obligations imposed on the state towards citizens (...)” (The Future of the Welfare State and Social Rights: Reflections on Habermas. *Journal of Law and Society*, v. 21, n. 3, sep. 1994, p. 288, tradução nossa).

⁴ *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 78-79.

⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 365-366.

oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. (...) no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas".⁷

Essa forma de exposição do tema é tradicionalmente associada à evolução histórica do reconhecimento desses direitos, sendo os direitos negativos identificados como sendo de “primeira geração” por terem cronologicamente precedido os direitos prestacionais.

Por certo, foi com as cartas de direitos promulgadas por ocasião das revoluções burguesas, em fins do século XVIII – notadamente nos contextos da Revolução Francesa e da Independência americana⁸ –, que foram reconhecidos direitos dos cidadãos a uma esfera mínima de liberdades privadas, a exigir do Estado uma postura de não intervenção.

Somente mais de um século depois, sob os influxos dos ideais socialistas germinados a partir dos abusos decorrentes da falta de controle das condições de trabalho oriundas da Revolução Industrial, é que foram positivados direitos a prestações positivas por parte do Estado,⁹ voltados à busca de igualdade material entre os cidadãos, por meio da fruição de bens da vida essenciais para a existência de um mínimo de dignidade.

Esses os direitos que posteriormente viriam a ser chamados de sociais, aí se destacando os direitos à saúde, à educação e ao trabalho digno. Em razão do seu surgimento histórico subsequente à leva de direitos constantes das primeiras cartas, foram chamados de direitos de segunda geração.

No curso da evolução do século XX, à medida que novas realidades e necessidades se faziam presentes, outros direitos passaram a ser paulatinamente reconhecidos, e em razão sobretudo de sua delimitação temporal foram sendo agrupados em novas gerações de direitos.¹⁰

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 442-443.

⁸ Importa mencionar, nesse contexto, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França de 1789. Também merece registro a Constituição americana de 1787, com as emendas de 1791.

⁹ A Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são considerados os primeiros textos constitucionais a positivar direitos sociais.

¹⁰ A classificação dos direitos fundamentais em gerações é defendida na doutrina brasileira especialmente por Paulo Bonavides, que discorre com maior profundidade sobre o tema, falando até em direitos de quarta e quinta gerações (*Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013). A lição tradicional, contudo, reconhece apenas três gerações de direitos,

Assim é que passaram a ser nominados como de terceira geração alguns direitos que vieram a ser reconhecidos em tratados internacionais da segunda metade do século XX, como os direitos ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações tem o propósito didático de permitir uma mais fácil visualização de seu processo de efetivação histórica.

Não obstante, a nomenclatura foi objeto de críticas pela doutrina constitucional, por trazer a equivocada impressão de que as gerações subsequentes substituiriam as gerações anteriores.

Daí ter se passado a falar em *dimensões* de direitos, já que os novos vão sendo agregados aos já existentes, não os substituindo.¹¹

Também se revela imprópria a expressão “gerações” por trazer uma ideia de sequência cronológica que nem sempre encontra correspondência fática.

Com efeito, por vezes o reconhecimento histórico dos direitos em dados ordenamentos não segue a sequência indicada.

No Brasil, por exemplo, há estudos no sentido de que os direitos sociais, ditos de segunda geração, foram implementados anteriormente à plena efetivação dos direitos civis e políticos, ditos de primeira geração:

“A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de

identificando-as com as liberdades públicas, os direitos sociais e os direitos de solidariedade (nesse sentido, por todos, vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24). Por outro lado, há autores de peso que em seus textos sobre direitos fundamentais passam ao largo dessa divisão em gerações. É o caso de Fábio Konder Comparato, que promoveu monumental estudo histórico sobre direitos fundamentais e não seguiu a citada tipologia (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

¹¹ Nesse sentido: “(...) é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar (...)” (SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 258).

Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo".¹²

Para além disso, mesmo a classificação em *dimensões* perdeu parte de sua relevância a partir do momento em que passou a ser ampliada sem critérios suficientemente precisos,¹³ sem maior fundamentação justificadora de sua separação em dimensões autônomas, que não a simples cronologia de seu reconhecimento na comunidade internacional.

O fato é que há algum caráter didático na classificação dos direitos fundamentais em dimensões, mas se presta mais à compreensão da sequência histórica de seu reconhecimento internacional, do que à efetiva diferenciação em termos de natureza jurídica.

Basta observar que é possível encontrar direitos difusos,¹⁴ por exemplo, em quaisquer das dimensões.

Por certo, possuem natureza difusa, *v.g.*, os direitos à segurança pública (primeira dimensão), a um sistema público gratuito e universal de saúde (segunda dimensão), ao meio ambiente (terceira dimensão), à democracia (quarta dimensão) e à paz (quinta dimensão).

A depender das circunstâncias, um mesmo direito pode ainda ter natureza individual ou coletiva,¹⁵ independentemente da dimensão em que seja inserido. A propriedade, por exemplo, sempre colocada como direito individual por excelência, pode ser titularizada e buscada por coletividades, como no caso da usucapião coletiva reconhecida no Estatuto da Cidade.¹⁶

¹² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 219-220.

¹³ De acordo com a concepção de Paulo Bonavides, os direitos de terceira geração teriam por destinatário o gênero humano, aí se inserindo: meio ambiente, desenvolvimento, patrimônio comum da humanidade e comunicação. Já na quarta geração estariam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A quinta geração seria composta pelo direito à paz. Para maior detalhamento, vide seu *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁴ Conforme a definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (diploma que compõe o microsistema processual coletivo brasileiro), são difusos os direitos transindividuais indivisíveis titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹⁵ Referimos aqui como coletivos os direitos assim definidos pela Código de Defesa do Consumidor: os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

¹⁶ Lei 10.257/2001, art. 10: "Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural". Em sentido análogo é o teor do § 4º do art. 1.228 do Código Civil: "§ 4º O proprietário também pode ser

O mesmo pode ser observado quanto aos direitos sociais como um todo, que podem ter natureza individual ou coletiva a depender do contexto em que forem demandados.¹⁷

Nesse passo, embora reconhecendo a importância didática da classificação dos direitos fundamentais em distintas dimensões, dela não faremos uso, já que não se presta à delimitação conceitual do objeto de estudo do presente trabalho.

O que se afigura oportuno levar em conta, para fins de adequada compreensão dos contornos do tema a ser pesquisado, é a natureza prestacional ou não dos direitos discutidos.

Note-se que algum viés prestacional se faz presente em quase todos os direitos, já que mesmo para resguardar uma mínima esfera de liberdade das pessoas o Estado precisa implementar estruturas físicas, normativas e de pessoal que a garantam.

O que será adotado, pois, como critério de delimitação temática será a *predominância* desse viés prestacional nos direitos estudados, ou a identificação dessa natureza prestacional como a própria finalidade do direito em discussão.

privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

¹⁷ Há quem coloque ainda que um mesmo direito pode adquirir roupagens que o tornem passível de inserção em quaisquer dimensões. Nesse sentido a observação de George Marmelstein Lima: “Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS ^[16]. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III)” (Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, v.8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 31 mar. 2018).

Nesse contexto, para nós a classificação que se revelará mais útil será aquela, mais singela, que os separa em direitos positivos, de caráter eminentemente prestacional, e negativos, voltados à obtenção de uma abstenção.

Traçado esse panorama, o foco do estudo se dará nos direitos positivos, ou mesmo na dimensão prestacional de direitos que possam assumir dúplíce natureza.

Como vimos no início deste tópico, o entendimento dominante identifica como *sociais* esses direitos a prestações, e sob esse viés é que trataremos da efetivação de *direitos sociais*.

Note-se que, exatamente por não adotarmos a classificação de direitos em dimensões (ou gerações), entenderemos como sociais não apenas os direitos tradicionalmente colocados como de segunda dimensão, já que não apenas eles guardam dimensão prestacional.

Assim é que serão expostos casos concretos envolvendo implementação extrajudicial de prestações positivas voltadas à satisfação de direitos que não surgiram no contexto histórico da segunda geração. É o caso, por exemplo, dos direitos ao meio ambiente e da pessoa com deficiência.

De todo modo, serão todos esses direitos prestacionais entendidos como *sociais*, numa acepção em certa medida mais ampla do que a adotada pelo entendimento tradicionalmente encontrado na doutrina constitucional.

Serão, pois, entendidos como *sociais* todos os direitos titularizados pela sociedade, o que se justifica até pela etimologia da palavra *social*.¹⁸

Essa escolha terminológica alinha-se ao uso encontrado em alguns dos principais tratados protetivos de direitos humanos de que o Brasil é signatário, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), que inserem como direitos sociais, dentre outros, o direito ao meio ambiente.¹⁹

¹⁸ A palavra vem do latim *sociare* e denota algo relativo à sociedade, ou que a ela diz respeito ou interessa.

¹⁹ Vide art. 11 do Protocolo de San Salvador (decreto nº 3.321, de 30.12.1999) e art. 12, item 2, “b”, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (decreto nº 591, de 6.07.1992)

Esse alcance terminológico amplo da expressão “direitos sociais” permitirá abarcar no estudo direitos de variadas dimensões, desde que guardem pertinência com interesses da sociedade e não com as pretensões particulares deste ou daquele indivíduo.

Será a abordagem circunscrita, nesse passo, aos direitos sociais (prestacionais) que guardem natureza transindividual, vale dizer, que possam ser objeto de enfrentamento coletivo.

Como já indicamos acima, direitos sociais podem, a depender das circunstâncias, ter natureza individual ou coletiva, razão pela qual a titularidade individual ou coletiva de um direito não se presta, por si só, à sua qualificação ou não como social. Nesse sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

"(...) nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões ou gerações (...) foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, direitos sociais (especialmente em se tratando dos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada etc.) surgiram (...) como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada".²⁰

Não negamos, pois, a possibilidade de que direitos sociais sejam pleiteados a título individual – ponto que retomaremos em outros trechos da exposição –, apenas não será objeto do estudo a tutela individual de direitos sociais.

Isso porque, embora possam ser implementados extrajudicialmente também direitos individuais, a lógica da atuação extrajudicial se pauta em grande

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 216. Aprofundando sua explanação, traz o autor ainda as seguintes considerações: "(...) os direitos sociais não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. (...) foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social. (...) o que importa é que se tenha presente que o fator distintivo não é em si a sua titularidade coletiva, em contraposição aos direitos civis e políticos, que seriam de titularidade individual" (*ibidem*, p. 219).

medida por métodos que melhor se coadunam com o enfrentamento de direitos coletivamente considerados.

Com efeito, muito do que será objeto de estudo no trabalho – a exemplo das ideias de diálogo interinstitucional e de cidadania solidária e participativa – guarda maior compatibilidade com o enfrentamento em bloco dos direitos debatidos.

Também por esse motivo é que será adstrita a exposição à busca não judicial desses direitos: a lógica do sistema processual judicial coaduna-se mais com a ideia de interesses *individuais* contrapostos, ponto este que será objeto de explanação mais aprofundada oportunamente.

Por ora, para fins de delimitação temática, conceitual e terminológica, basta deixar claro que o trabalho se restringirá ao estudo das possibilidades de atuação não judicial na seara de direitos sociais coletivamente considerados, assim entendidos aqueles que impliquem, para sua consecução, prestações positivas de interesse da sociedade.

O estudo não se restringirá, pois, ao rol de direitos trazidos no art. 6º do texto constitucional,²¹ alinhando-se ao sentido mais lato trazido no *caput* do art. 127 da Constituição,²² dispositivo que, ao trazer o perfil institucional do Ministério Público, fala em interesses *sociais* de maneira a abarcar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – vale dizer, todos os interesses passíveis de serem tutelados coletivamente.²³

Essa forma de abordar o tema se justifica pelo fato de que os métodos de implementação coletiva e extrajudicial de direitos são aplicáveis a quaisquer direitos de cunho prestacional, e não apenas àqueles inseridos no rol do citado artigo 6º ou na chamada segunda dimensão de direitos fundamentais.

Por fim, cumpre ainda pontuar o seguinte.

A exposição extrapolará o sentido usualmente dado à expressão “direitos sociais” no ponto em que a doutrina majoritária define tais direitos como aqueles que demandam prestações *por parte do Estado*.

²¹ “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²² “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

²³ Note-se que a expressão “interesses” trazida em referido dispositivo é lida como sinônima de “direitos”.

Como será demonstrado com mais vagar no curso da exposição, há direitos sociais passíveis de serem demandados também em face de particulares.

Não obstante a regra, num Estado de Bem-Estar Social como o brasileiro, seja de fato observar direitos sociais demandados em face do poder público, mostraremos que existem situações em que tais direitos podem ser opostos a setores privados da sociedade, de modo que a definição de direitos sociais deve ser aberta o suficiente para abarcar prestações exigidas de qualquer responsável, estatal ou não.

Assim é que, em suma, entenderemos como direitos sociais aqueles que impliquem a realização de prestações (pelo Estado ou não), e os abordaremos sob o ponto de vista de sua tutela coletiva pela via não judicial.

Passando à metodologia de desenvolvimento do tema, tem-se o seguinte.

A temática dos direitos sociais permite enfrentamentos de ordem variada – desde a crítica zetética do próprio direito positivo (a partir, por exemplo, de um ponto de vista socialista que veja esses direitos como instrumento de perpetuação da dominação de classes) até considerações *de lege ferenda*, voltadas à melhoria do sistema posto.

O presente trabalho buscará um enfrentamento dogmático e positivista do tema, observando as possibilidades intrassistêmicas de trabalhar com direitos sociais no direito brasileiro vigente, de modo que não se alinhará a abordagens desconstrutivas do ordenamento, nem tampouco propositivas de modificações normativas mais profundas.

O enfoque será dado às possibilidades já existentes no direito positivo pátrio, o que não impedirá a busca de referências do direito comparado, até como modo de trazer maior legitimidade a institutos aqui adotados.

Será, portanto, trazido um viés pragmático à exposição, com a apresentação de diversos estudos de casos que permitam uma compreensão mais precisa do alcance das considerações apresentadas, as quais buscarão suporte eminentemente normativo e doutrinário.

2. O LENTO CAMINHO DA POSITIVAÇÃO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Discute-se muito hoje, não apenas nos círculos jurídicos mas também nos noticiários, a ausência de efetividade de direitos constitucionais sociais, lamentando-se o atraso na sua implementação – a despeito de já contarmos quase trinta anos da promulgação da Constituição.

Critica-se nesse cenário sobretudo a omissão estatal na implementação a contento desses direitos.

O fato, porém, é que é recente a própria positivação dos direitos sociais, não apenas no Brasil mas na própria história da humanidade, de modo que ainda estamos a trilhar um caminho de aprendizado a respeito de como implementá-los no maior grau possível.

Sob a ótica do imediatismo que hoje viceja na sociedade, é compreensível a impaciência de muitos em face da sucessão infrutífera de mandatos e da frustração reiterada de promessas de campanha, sem que os representantes eleitos tragam solução conclusiva para os problemas sociais, sendo tida pelos críticos como injustificável a ausência de medidas que de uma vez por todas tragam a concreção das diretrizes traçadas pelo legislador constituinte.

A questão é que não há solução única acerca da forma pela qual podem ser implementados os direitos sociais constitucionalmente tutelados.

Tampouco se deve pensar como factíveis soluções definitivas para os pleitos sociais, já que se cuida de direitos em constante construção – dado que se adaptam às mudanças de uma sociedade em perene evolução –, de modo que em regra as medidas nesse campo trazem respostas adequadas no máximo aos problemas então existentes, não tendo o condão de evitar novos problemas ou o crescimento de alguns dos já equacionados.

Esse estado de coisas implica a necessidade de constante revisitação das respostas necessárias aos problemas sociais vigentes, o que demonstra que a tarefa da concretização de direitos prestacionais não é fácil.

A realidade social não muda a partir da mera previsão normativa, nem através da simples caneta do gestor,²⁴ demandando atitudes e medidas mais concretas, as quais tendem a ser tão mais satisfatórias quanto mais correspondam aos reclamos sociais – do que se depreende a necessidade de permanente abertura, por parte dos atores envolvidos nessa seara, aos influxos da participação popular, para que a partir deles possam ser criativamente pensadas as soluções viáveis.

O caminho percorrido nesse campo não é feito, portanto, de respostas unívocas, mas da junção de variados esforços, cada qual dotado de maiores ou menores impactos, mas todos – espera-se – tendentes a um mesmo norte de melhoria do sistema social.

É importante ter em vista, nesse cenário, que o processo de concretização dos direitos sociais em muito se distinguiu daquele afeto a direitos negativos, o que impacta diretamente a forma de abordagem do tema.

Com efeito, não apenas a positivação dos direitos sociais foi tardia, como também foi lento e dificultoso o processo de reconhecimento de sua eficácia – processo este, aliás, ainda não ultimado.

Por certo, a disseminação, ao longo do século XX, da previsão de direitos sociais em textos constitucionais e tratados variados não teve inicialmente senão uma função simbólica,²⁵ já que não se reconhecia a esses direitos a mesma eficácia atribuída aos direitos de liberdade.

²⁴ Também não muda a partir da simples caneta do juiz, segundo a lição de Virgílio Afonso da Silva: "Em face dos esforços de alguns autores em demonstrar que não há diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais, é de se perguntar, então, por que os primeiros são muitas vezes efetivamente realizados enquanto que os direitos sociais frequentemente não ultrapassam a barreira da promessa constitucional. (...) se de fato o problema fosse apenas uma falta de vontade política, bastaria haver uma 'vontade judicial' por parte dos operadores do direito, sobretudo dos juízes, para que pelo menos parte do problema fosse resolvida" (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: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592).

²⁵ Sobre a simbologia da positivação de direitos fundamentais, e sobre como nem sempre a mera previsão normativa imprime efetiva mudança social – notadamente em sociedades com desigual carência de direitos, como a brasileira –, vide a relevante obra de Marcelo Neves. Sobre o tema, o autor coloca que os direitos humanos são "(...) ampla e precisamente textualizados nos respectivos documentos constitucionais. Tal textualização tem, porém, uma função eminentemente simbólica e não contribui, de um modo relevante, para a força normativa dos direitos humanos. As normas constitucionais referentes aos direitos humanos são sistematicamente bloqueadas no decorrer do processo concretizador e, portanto, são amplamente carentes de eficácia. A exclusão social de enorme parte da população impede a inclusão jurídica generalizada e, com isso, os direitos humanos tornam-se, paradoxalmente, um privilégio de minorias. A textualização dos direitos humanos desempenha o importante papel político-simbólico

Dada a necessidade de prestações positivas – a demandar maior planejamento estatal quanto aos gastos necessários –, num primeiro momento, e por bastante tempo, reconheceu-se apenas eficácia programática às normas que previam direitos sociais.

Paulo Bonavides descreve bem esse panorama evolutivo do reconhecimento dos direitos sociais:

“(...) passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. (...) De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática (...). Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira (...)”²⁶

Esse cenário de resistência à carga eficaz da norma instituidora de direitos sociais se deveu em grande medida ao seu maior custo de implementação – o que torna a temática de sua efetivação mais problemática do que aquela relativa a direitos com viés negativo (de abstenção), os quais demandam menores custos.²⁷

Alguns autores inclusive buscaram inserir a defesa da consideração do fator “custo” como parte da própria definição dos direitos fundamentais (distinguindo por esse critério direitos positivos e negativos), de maneira a se aquilatar, como pressuposto de sua validade e exigibilidade, se é financeiramente factível sua implementação:

de apresentar o Estado ou o governo como instância identificada com as expectativas normativas expressas nos correspondentes dispositivos constitucionais" (A força simbólica dos direitos humanos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [coord.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 436).

²⁶ *Op. cit.*, p. 582-583.

²⁷ “(...) a criação das condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 241). Em outra obra o mesmo autor defende o mesmo ponto de vista de maneira mais explícita: “(...) direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro” (SILVA, Virgílio Afonso da. *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: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593).

"Deste modo, antes de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há que se analisar os custos desse direito e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhecer-se tal postulação como direito fundamental. (...) Deste modo, com a integração dos custos ao conceito de direito fundamental, evita-se a ruptura do sistema toda vez que alguém supostamente tivesse direito in abstracto, mas que, in concreto, não fosse possível torná-lo efetivo por força de limitações orçamentárias, algo aliás, muito comum entre nós. Na expressão de autoridade, evita-se a capitulação da validade das normas constitucionais ante à facticidade econômico social".²⁸

O entendimento majoritário caminhou, porém, para a compreensão de que a efetivação de direitos como um todo implica gastos,²⁹ de modo que o critério "custo" não se presta a uma adequada diferenciação entre direitos sociais e direitos de liberdade:

"(...) os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades (...)".³⁰

Essa percepção resta reforçada pelo fato de que os direitos todos carregam dimensões defensivas e prestacionais, distinguindo-se apenas o grau de predominância de uma ou outra conforme o tipo de direito em discussão. Assim é que direitos de liberdade também demandam atuações estatais positivas com vistas a seu resguardo – implicando os custos inerentes a tanto –,³¹ ao passo

²⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 342.

²⁹ "Onde há um direito, há um remédio, é a máxima legal clássica. (...) Direitos são custosos porque remédios são custosos. Sua efetivação é dispendiosa. (...) Todos os direitos são pleitos por uma resposta governamental afirmativa. (...) Todos os direitos têm custos porque todos os direitos pressupõem financiamento, pelo contribuinte tributário, de uma máquina estatal efetiva para monitoramento e aplicação". No original: "'Where there is a right, there is a remedy' is a classical legal maxim. (...) Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive (...). All rights are claims to an affirmative governmental response. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W.Norton & Company, 2000, p. 44-45).

³⁰ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 5, n. 20: 153-181, out./dez. 2007, p. 164.

³¹ Sobre o ponto, são enfáticas as palavras de José Casalta Nabais: "Com efeito, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos

que direitos sociais também demandam abstenções estatais de maneira a assegurar seu gozo.³²

Há autores que inclusive defendem como tendenciosa a diferenciação entre direitos positivos e negativos com base no fator custo, indicando que essa distinção encobriria um interesse em dificultar a consecução de direitos sociais, num resgate da postura absenteísta do liberalismo. Nesse sentido:

"(...) a diferenciação jurídica entre direitos fundamentais positivos e negativos é artificiosa e motivada por encobertas razões ideológicas. Se isto é correto, pode-se afirmar que todos os direitos são positivos".³³

Essa celeuma tem sido, entretanto, em grande medida superada, sendo aceita a diferenciação entre direitos positivos e negativos – assim identificados a partir do ponto de vista do seu fator preponderante de proteção, como vimos no capítulo anterior –, mas não tendo maior aceitação a colocação de supostas diferenças de custo como critério distintivo relevante na análise de sua aplicabilidade.

O fato é que, como pontuado por Bonavides em citação anterior (referenciada na nota 26), a despeito de toda a resistência, o fim da crise de observância dos direitos sociais parece estar perto, dada a progressiva consolidação da ideia de força normativa da Constituição como elemento a abarcar direitos fundamentais de quaisquer naturezas.

Por certo, tem havido crescente disseminação, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, da posição de Konrad Hesse, eminente constitucionalista alemão que, contrapondo-se à crítica sociológica da Constituição formal como simples folha de papel sem prevalência sobre os fatores

positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros" (A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 5, n. 20: 153-181, out./dez. 2007, p. 165).

³² "Sem embargo, o equacionamento adequado da problemática ora debatida pressupõe que se divise corretamente, na estrutura dos direitos sociais, uma dimensão defensiva e uma dimensão prestacional. (..) A dimensão defensiva dos direitos sociais identifica-se com a exigência de abstenção de condutas que possam lesionar ou ameaçar os bens jurídicos por eles tutelados. Trata-se de uma obrigação de caráter negativo. (...) Já a dimensão prestacional corresponde a deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental" (SARMENTO, DANIEL. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 292).

³³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 338-339.

reais de poder, defendeu a necessidade de se buscar reconhecer, no maior grau possível, a força ativa dos comandos constitucionais:

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral (...) a vontade de Constituição (...).”³⁴

Essa conclamação ao reconhecimento, na consciência geral, da vontade da Constituição, e do dever de buscar medidas que resultem em sua efetivação, tem papel essencial na potencialidade do sucesso da atuação extrajudicial em matéria de direitos sociais, já que o agir nesse campo demanda em grande medida uma abertura da interpretação constitucional aos influxos democráticos da cidadania.

Voltaremos a esse tema com mais vagar oportunamente, importando por ora apenas indicar que esse movimento de reconhecimento da força normativa do texto constitucional ganhou muito espaço no cenário jurídico brasileiro, tendo papel essencial na mudança da ótica com que vêm sendo encarados os direitos sociais. Para alguns, tem-se aí a chamada doutrina da efetividade, com relevantes impactos no constitucionalismo brasileiro:

“O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializava na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa (...). Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular (...). A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido.”³⁵

³⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO,

Alguns estudiosos do tema, talvez pautados em especial pela forma como o assunto vem sendo encarado na prática jurisprudencial, defendem como superada a discussão acerca da força normativa desses direitos, como se consolidado o entendimento pela aplicabilidade imediata de quaisquer direitos fundamentais:

"(...) hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos".³⁶

O fato, contudo, é que esse entendimento não se encontra pacificado, havendo relevantes vozes que se contrapõem a esse movimento, entendendo que a lição tradicional, que prega o conteúdo programático de certas normas constitucionais, ainda se revela subsistente:

"A conclusão inexorável, portanto, é a de que nem todos os direitos sociais consagrados na Constituição do Brasil gozam de completa proteção jurisdicional. Aqueles estruturados em normas de eficácia limitada e natureza programática, como é o caso da expressiva maioria dos direitos sociais prestacionais, em sentido estrito, não consubstanciam, de pronto, direitos subjetivos plena e diretamente exercitáveis perante o Estado-juiz, e isso, a despeito da prescrição do §1º, do art. 5º, da Constituição Federal".³⁷

Para consagrados constitucionalistas, ainda devem ser vistas como mandados de otimização as normas constitucionais que preveem direitos sociais, dada sua aplicabilidade não imediata mas dependente de prestações:

"Este conceito sustenta que os princípios são normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Aqui, o que interessa, antes de tudo, é a percepção de que os princípios podem ser realizados em diferentes graus e que o grau de satisfação devido depende da consideração tanto das possibilidades fáticas como dos princípios e regras em conflito. A consequência desta observação é o fato de que

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 877-878.

³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 361.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan./dez. 2007, p. 341.

os direitos fundamentais entendidos como princípios - e, portanto, como mandamentos de otimização - são necessariamente direitos restringíveis, porque sua realização completa depende sempre das condições fáticas e jurídicas presentes. É sempre necessário não perder de vista essa ideia, porque em muitos dos debates sobre a justiciabilidade dos direitos sociais se tem a impressão de que a realização desses direitos nunca pode ser sujeita a restrições, seja por razões de fato seja por motivos jurídicos".³⁸

Esse posicionamento de defesa da eficácia limitada de normas constitucionais que trazem direitos sociais prestacionais vem sendo correlacionado à crítica dos excessos oriundos do ativismo judicial.

De fato, grande parcela do Judiciário vem aplicando o argumento da força normativa sem maior cautela quanto à amplitude dos impactos daí decorrentes. Assim é que, nesse contexto de ativismo, Elival da Silva Ramos defende a necessidade de uma maior atenção na análise do alcance normativo das normas constitucionais:

"Em suma, a interpretação-aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, em sistemas constitucionais similares ao brasileiro, não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou na das normas de eficácia limitada. Nessa última hipótese, se afigura de crucial importância identificar se a integração do comando normativo é dependente apenas de providências jurídico-formais (normas preceptivas) ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, que produza a indispensável adaptação da estrutura fático-material subjacente à normatização constitucional (normas programáticas)".³⁹

Compartilhamos da crítica à forma como vem sendo implementado o ativismo na jurisprudência brasileira – como discutiremos mais

³⁸ "Dicho concepto sostiene que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Aquí lo que interesa, ante de todo, es la constatación de que los principios pueden ser realizados en grados distintos, y que el grado de satisfacción debido depende de la consideración tanto de las posibilidades fáticas como de los principios y reglas en conflicto. La consecuencia de esa constatación es el hecho de que los derechos fundamentales entendidos como principios – y, por lo tanto, como mandamientos de optimización – son necesariamente derechos restringibles, porque su realización completa siempre depende de las condiciones fáticas y jurídicas presentes. Es siempre necesario no perder de vista esa idea, pues en muchos de los debates acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales se tiene la impresión de que la realización de esos derechos nunca puede sujetarse a restricciones, ya sea por motivos fácticos o por motivos jurídicos" (SILVA, Virgílio Afonso da. *Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico*. In: CLÉRICO, Laura *et. al.* (coord.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, p. 201, tradução nossa).

³⁹ Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judicial. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdiccional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 253.

pormenorizadamente em tópico próprio –, mas entendemos que a maneira de solucionar essa problemática não passa pela negativa da eficácia normativa de direitos fundamentais prestacionais.

Em verdade, essa eficácia normativa é o que fundamenta a implementação desses mesmos direitos na via extrajudicial – abordagem que, como veremos, escapa à maior parte dos problemas do ativismo –, além de que é o que tem permitido o avanço dos direitos sociais no Brasil e no mundo.

Nesse contexto, reputamos que seria um grande retrocesso buscar o retorno à defesa da eficácia limitada de normas constitucionais prestacionais.

A solução dos problemas do ativismo deve passar por uma maior regulamentação dessa atuação, com o estabelecimento de diretrizes e limites – com a edição, se necessário, de súmulas vinculantes sobre o tema –, e não por meio da negativa da eficácia em si da norma constitucional.

Afastar essa força normativa – já reconhecida pela corte constitucional brasileira, diga-se – equivaleria a um inaceitável retorno a um estado de implementação lenta, lacunosa e deficitária de direitos.

Entendemos, portanto, que grande parte dos problemas do ativismo está não no reconhecimento da força normativa do texto constitucional – premissa da qual compartilhamos –, mas na forma não dialogada e muitas vezes inconsequente com que são impostos os desdobramentos desse reconhecimento pelo Judiciário, não raro considerando apenas parte dos interesses em jogo.

Enfrentaremos esse ponto com maior profundidade no capítulo 3, importando por agora deixar assentado apenas nosso posicionamento pela defesa da exigibilidade dos direitos constitucionais prestacionais, com o reconhecimento de sua plena eficácia normativa.

Isso não significa que não precise ser delimitado o conteúdo essencial desses direitos, de maneira a trazer alguma uniformidade à sua aplicação.

Não há espaço neste estudo, porém, para essa (árdua) tarefa, sendo oportuno apenas, para fins de desenvolvimento da argumentação, indicar que a doutrina especializada tem caminhado no sentido de reconhecer como essencial a necessidade de preservação de balizas mínimas (mínimo existencial), usando em regra a noção de dignidade da pessoa humana como parâmetro para essa definição. Nesse sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

"Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo prima facie, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada".⁴⁰

Também se costuma defender, como critério de delimitação dos parâmetros de exigibilidade de direitos prestacionais, a necessidade de garantir a irredutibilidade de conquistas sociais já alcançadas (vedação do retrocesso):

"Por tais motivos, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo brasileiro deve contemplar, ao mesmo tempo, uma esfera de proteção onde estejam albergados a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso e os níveis de conquista alcançados pelo desenvolvimento normativo e pelas políticas públicas já definidas e realizadas no Brasil. Dentro desse contexto, a jurisdição tanto pode controlar as omissões de implementação do conteúdo essencial dos direitos sociais (...) quanto poderá afastar medidas comissivas que possam agredir os patamares de fruição dos direitos sociais".⁴¹

A fluidez desses parâmetros, entretanto, muitas vezes dificulta a análise do caso concreto, notadamente porque não raro é contraposto ao direito pretendido o argumento de inviabilidade fática (econômica) de sua implementação (reserva do possível),⁴² o que implica a necessidade de ponderação dos valores em cotejo.

Ingo Sarlet delimita bem essa problemática:

"Desde logo, constata-se que o problema do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais se encontra intimamente vinculado ao

⁴⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 356.

⁴¹ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

⁴² Sobre o embate entre mínimo existencial e reserva do possível, vale transcrever a análise de Grinover: "Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo [coord.]. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 149).

questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito. Partindo-se da premissa – por mais que se queira questioná-la – de que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado social de Direito consagrado pela nossa Constituição, é de perguntar-se, todavia, até onde vai a obrigação dos poderes públicos no que diz com a realização da justiça social, questão umbilicalmente vinculada à do quantum em prestações sociais asseguradas pelas normas de direitos fundamentais e que pode ser judicialmente reclamado pelos particulares. Dentro deste contexto, permanecem em aberto – entre outras – três questões de crucial importância, quais sejam: a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais?; e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade, fática ou jurídica, dos recursos para sua satisfação?".⁴³

Para o autor, a aplicabilidade dessas normas passa pela ponderação, em concreto, da proporcionalidade das medidas cabíveis para a satisfação do direito social pleiteado, levando em conta sempre a vedação do retrocesso em matéria de fruição de direitos sociais, como limite mínimo abaixo do qual não pode ser tolerada a omissão estatal:

"(...) qualquer redução do alcance de um direito social deverá, pelo menos prima facie, ser considerada como constituindo uma violação do dever de progressiva realização dos direitos sociais e, portanto, tida como ofensa à proibição de retrocesso, de tal sorte que a restrição do conteúdo protegido de um direito social apenas se revela constitucionalmente legítima quando cuidadosamente avaliada pelo órgão estatal (...) que a promove e que se revela como razoável e proporcional (...). Tal orientação (...) condiciona a (...) discricionariedade administrativa aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, que balizam toda e qualquer restrição de direito fundamental. Nesse sentido, verifica-se que (...) a proibição de retrocesso opera como espécie de limite dos limites dos direitos fundamentais sociais".⁴⁴

O fato é que mesmo essas balizas são por vezes incertas, o que traz interpretações díspares acerca da própria definição do que seja o mínimo.

Para o ente responsável pela satisfação desse patamar mínimo, por exemplo, mesmo uma intervenção que, para o juízo prolator da decisão, seja tida como diminuta, pode ser reputada demasiadamente restritiva da capacidade de gestão financeiro-administrativa, ou disruptiva do planejamento em curso da política pública correspondente.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 354.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

Esse cenário, notadamente quando intensificado pela reiteração de múltiplas demandas análogas, tem ensejado fundadas críticas à implementação judicial de direitos sociais.

Os problemas decorrentes da concretização judicial de direitos prestacionais – especialmente quando pleiteados a título individual, à revelia dos parâmetros genericamente traçados para a prestação coletiva do serviço público correspondente – explicam em parte o movimento de resistência à própria eficácia normativa desses direitos.

O fato é que a predominância do viés positivo (prestacional) desses direitos torna realmente mais trabalhosa e difícil sua implementação, em comparação com a postura predominantemente omissiva exigida pelos direitos negativos – circunstância que, como apontamos, está na raiz da lentidão do processo evolutivo de reconhecimento do alcance da juridicidade dos direitos sociais –, mas essa maior dificuldade, por si só, não pode levar à negativa da busca de sua implementação no maior grau possível.

Como vimos, dada a maior dificuldade no tratamento de seu viés prestacional, os direitos sociais não apenas tiveram positividade tardia, como também vêm tendo um lento e tardio reconhecimento de sua eficácia normativa. Assim é que, se já houve dificuldades para a positivação e para o reconhecimento da força normativa desses direitos, não se pode esperar facilidade em sua efetiva implementação no plano fático – o que se aplica a qualquer esfera em que sejam buscados.

Entendemos, porém, que as dificuldades no campo extrajudicial são menores do que aquelas vislumbradas na via judicial, dado que naquela esfera a construção das balizas mínimas de aplicabilidade é feita em conjunto com o gestor responsável pela implementação, de modo que há maior espaço para consideração das variáveis, sobretudo financeiras e operacionais, envolvidas no processo de efetivação.

No processo judicial, por mais que seja garantido o contraditório, as possibilidades de discussão e de construção conjunta de soluções são limitadas pelo próprio rito formal a ser seguido.

Daí se defender uma maior adequação, na tutela coletiva de direitos sociais, da solução construída extrajudicialmente, não obstante também existam

dificuldades e desafios nessa via, ainda que distintos daqueles enfrentados judicialmente.

As propostas apresentadas neste estudo, nesse contexto, não têm a pretensão de representar a panaceia para a problemática dos direitos sociais, prestando-se meramente a contribuir para seu processo evolutivo.

Espera-se com essa contribuição demonstrar como esse caminhar pode e já vem sendo expandido para horizontes menos nebulosos, nos quais o reconhecimento da eficácia normativa desses direitos ultrapasse a barreira estatal – alcançando dimensão horizontal a abarcar setores privados, como veremos – e não represente mácula à separação dos Poderes ou à legitimidade democrática da atuação.

3. A BUSCA JUDICIAL E OS PROBLEMAS DO ATIVISMO

Tradicionalmente se coloca que o papel contramajoritário do Poder Judiciário se legitima democraticamente a partir de sua função de guardião dos direitos fundamentais.⁴⁵

Por essa linha argumentativa, a fruição dos direitos fundamentais – especialmente de direitos sociais – é reconhecida como condição para o exercício da liberdade política, o que equivale a dizer que o exercício do direito de voto por cidadãos destituídos de direitos básicos ligados à sua própria dignidade torna questionável a liberdade da escolha dos representantes, afetando por consequência a própria democracia.

A solidificação dessa tese, num cenário de recrudescimento da afirmação da força normativa do texto constitucional, ajudou a criar as bases teóricas para a defesa da legitimidade do Poder Judiciário para a revisão de questões outrora deixadas ao exclusivo critério político, notadamente daquelas relativas a direitos sociais.

Variados autores passaram a defender essa ampliação do espaço de atuação do Judiciário em sua relação com os demais Poderes, com vistas à garantia dos valores constitucionais:

"Em razão do que foi exposto, não há dúvidas em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar a assumir uma postura passiva diante da Sociedade. Nessa perspectiva aqui sustentada, entendo que o Poder Judiciário (lato sensu, entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por majorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição)".⁴⁶

Por intermédio, pois, da via judicial, o elemento jurídico passou a impor-se mais incisivamente nos campos político e administrativo, impactando a

⁴⁵ Ronald Dworkin alerta para o risco da tirania da maioria em democracias que não resguardem direitos fundamentais, de maneira que a defesa desses direitos, ainda que contramajoritária, se revela não apenas compatível com a democracia, mas necessária a seu adequado desenvolvimento (Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, n. 28: 324-346, 1990). Sobre o ponto, questiona o autor: "Por que deveríamos querer uma forma de governo em que as decisões coletivas sejam todas e sempre aquelas apoiadas pela maioria?" ("Why should we want a form of government in which collective decisions are all and only those that are supported by most people?", *ibidem*, p. 331, tradução nossa).

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201.

atividade finalística de outros Poderes, o que para alguns implicou uma releitura do princípio da separação dos Poderes:

"(...) a evolução da concepção de Estado exige uma ruptura com a clássica divisão de poderes. Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da ideia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário".⁴⁷

Na jurisprudência brasileira, a difusão de uma postura mais ativa em matérias inseridas no campo de políticas sociais teve impulso a partir sobretudo da repercussão da posição firmada em 2004 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, em que o Ministro Celso de Mello discorreu sobre a eficácia de direitos prestacionais e afirmou a possibilidade de, em ponderação de direitos, revelar-se admissível a intervenção do Judiciário em questões tradicionalmente inseridas na esfera de deliberação de outros Poderes.

Assim é que aos poucos se propagou na prática jurisprudencial brasileira uma visão substancialista voltada a assegurar, pela via judicial, valores substantivos do texto constitucional, sob o pressuposto de que não pode ser tolerada a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de direitos constitucionalmente assegurados, mesmo daqueles que pressupõem medidas estatais positivas para sua concretização.

Esse processo foi intensificado pela consolidação da noção de força normativa da Constituição: difundiu-se na prática judicial a possibilidade de garantir efeitos concretos mesmo a normas constitucionais outrora tidas como destituídas de eficácia imediata, superando-se gradativamente a tese da natureza meramente programática de normas garantidoras de direitos sociais, a despeito da resistência de parcela respeitável da doutrina constitucionalista.

Foram avançando dessa maneira as premissas de atuação do chamado neoconstitucionalismo,⁴⁸ e nesse processo houve progressiva afirmação

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-212.

⁴⁸ A expressão se difundiu na doutrina brasileira notadamente a partir do artigo de Luis Roberto Barroso sobre o tema (*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acesso em 04.07.2017). As noções colocadas por referido autor não são compartilhadas, contudo, pela

do mínimo existencial em matéria de direitos sociais, em sobreposição ao argumento da reserva do possível.

Esse estado de coisas se exacerbou, por exemplo, nas discussões relativas ao direito à saúde, tendo se multiplicado os pleitos, em face dos entes estatais, de internação em unidades de tratamento intensivo – com custeio público de internações privadas na hipótese de ausência de vagas na rede pública – ou de fornecimento de tratamentos ou medicamentos específicos, ainda que excessivamente custosos e não referendados pelos protocolos do Sistema Único de Saúde.

Do ponto de vista do microcosmo do processo individual, a postura da autoridade judicial – no sentido da procedência de pleitos dessa natureza – é normalmente justificada como consentânea com a noção de força normativa da Constituição, já que privilegia a fruição do direito social em detrimento da aceitação do argumento fazendário, muitas vezes apresentado de maneira genérica e sem embasamento em maiores dados, de insuficiência de recursos.

Partindo-se para uma análise do macrocosmo do sistema jurídico e social, contudo, essa postura judicial, quando replicada, tem efeitos deletérios nítidos, já que impacta em maior ou menor grau a capacidade do gestor público de promover a adequada execução de políticas públicas pensadas à luz das necessidades globais da sociedade.

Com isso, paradoxalmente a garantia de direitos (no plano individual) pode representar a afetação da própria capacidade estatal de disponibilizar (no plano coletivo) esses mesmos direitos. Nesse sentido:

"As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica (...). O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis (...). Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os

totalidade da doutrina constitucionalista, cumprindo referir, como ilustrativo da vertente crítica, o texto de Dimitri Dimoulis sobre o tema (*Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*, disponível em http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico, acesso em 11.05.2018).

processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos (...). Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade (sic) da prestação jurisdicional. (...) Tais excessos e inconsistências (...) põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública (...). No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas".⁴⁹

Nota-se, pois, que num cenário de demandas sociais crescentes e de limitação da capacidade de ampliação dos recursos estatais, a generalização da postura judicial ativista – transformando o Estado em uma espécie de segurador universal em matéria de direitos constitucionalmente assegurados à população – tende a afetar negativamente o próprio interesse público primário subjacente à afirmação desses mesmos direitos, na medida em que, analisadas globalmente, as multifárias interferências pontuais impositivas minoram a capacidade do Poder Executivo de gerenciar, conforme as prioridades gerais previamente estabelecidas, a alocação dos recursos estatais.

A percepção desse panorama tem ensejado inúmeros debates doutrinários relativos aos limites de legitimidade democrática do Poder Judiciário para impor soluções casuísticas ao arrepio do planejamento orçamentário do Estado, bem como relativos à afetação, em tese, da própria separação dos Poderes. Dentre as críticas ao risco institucional oriundo da exacerbação do ativismo, vale destacar a seguinte:

"Cumpra afastar o grave risco institucional representado pela exacerbação do ativismo judiciário, canalizando a Constituição, 'maior garantia de sua força normativa', nas palavras de Konrad Hesse, para construções doutrinárias que, preservando a vinculação dos Poderes Públicos às normas constitucionais programáticas, não atoplem o desenrolar do processo político democrático, principal responsável pelo ajuste entre o projeto constitucional e a realidade sócio-econômica subjacente".⁵⁰

Para além desses debates, observa-se ainda que esse movimento de judicialização da política traduz um cenário de acesso não isonômico a direitos, na medida em que são contemplados apenas os interesses daqueles que

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-876.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan./dez. 2007, p. 353-354.

levam ao Judiciário seus pleitos individuais – deixando de lado toda uma massa de pessoas em situação análoga mas não inseridas no sistema judicial.⁵¹

Talvez em razão desse aspecto é que alguns defendam como inadequada a tutela individual de interesses sociais,⁵² pugnando pela restrição do interesse de agir do indivíduo quando pleitear para si direito também titularizado por toda a coletividade e sua pretensão puder impactar a fruição desse mesmo direito por terceiros.

De outro lado, mesmo quando ajuizada a questão sob o rito coletivo – de maneira a contemplar todos os possíveis afetados –, por vezes a tutela conferida judicialmente não contempla todos os aspectos envolvidos na política pública social debatida.

Isso porque, não obstante exista toda uma regulamentação para as ações coletivas – a partir da atribuição de legitimidade extraordinária para determinados agentes e de um regramento particularizado dos efeitos da coisa julgada no que toca à coletividade afetada –, há questões sociais mais abrangentes que não raro envolvem discussões em múltiplos campos, não apenas jurídicos,⁵³ discussões essas que nem sempre encontram espaço para serem adequadamente desenvolvidas nos limites do processo judicial.

Como o contraditório judicial não pode ser ampliado indefinidamente, nem sempre é possível a participação dos variados atores envolvidos no tema – incluindo a população diretamente afetada –, o que pode

⁵¹ Essa circunstância, que termina por fomentar que os desassistidos também busquem judicializar suas pretensões com vistas a se verem contemplados, ajuda a explicar a predominância da litigância individual em matéria, por exemplo, de direito à saúde. Para maiores considerações sobre o perfil das demandas de saúde no Brasil, vide o Acórdão 1787/2017 – Plenário, do Tribunal de Contas da União.

⁵² Nesse sentido o posicionamento de Thiago dos Santos Acca, para quem os direitos sociais têm natureza difusa, razão pela qual devem ser enfrentados apenas coletivamente. Para o autor, "(...) os direitos sociais são difusos e pretendem garantir um sistema de distribuição coletiva de bens (moradia, saúde, educação, alimentação etc.) para propiciar mecanismos de controle em relação a políticas públicas existentes ou mesmo políticas públicas que deveriam existir, mas por omissão do Executivo ainda não foram formuladas. Conseqüentemente, o Judiciário só poderá intervir em circunstâncias em que há indício de que os bens públicos garantidos pelos direitos sociais não estão sendo devidamente repartidos em sociedade" (*Direitos sociais: conceito e aplicabilidade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 151).

⁵³ Sobre o ponto: "(...) a criação de políticas públicas, como consequência de demandas judiciais, não faz com que o Poder Judiciário possa substituir a atuação da Administração. (...) primeiro, porque não possuem os juízes competência técnica para tanto, segundo, porque (...) estas resultam de atos complexos que envolvem diversos atores, áreas do conhecimento humano e planejamento orçamentário" (LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 118).

afetar a amplitude do enfrentamento, em juízo, da (in)execução de dada política pública.

Rodolfo de Camargo Mancuso descreve bem esse ponto, apontando uma menor adequação do Poder Judiciário para o enfrentamento de questões sociais mais multifacetadas:

"A deficiente eficácia prática da solução adjudicada estatal nos litígios subjetiva e objetivamente complexos (v.g., ocupação, por moradores de rua, de prédio público deteriorado, contrapondo o direito da Administração em retomar o imóvel e o direito dos homeless ao acesso à moradia) passa pela inaptidão de uma justiça estatal de perfil retributivo ou comutativo para recepcionar e resolver litígios que vão além da crise estritamente jurídica, reportada a sujeitos determinados (Tício versus Caio). Conflitos multitudinários ou metaindividuais, como os que hoje abundam na sociedade massificada, comprimida num mundo globalizado, não são de molde a serem resolvidos por uma justiça de corte retributivo/comutativo, mas reclamam uma justiça de perfil distributivo e coexistencial, que trabalha com as diferenças e assim se predispõe a lidar com a controvérsia em todas as suas facetas, buscando compô-la em sua integralidade, em tempo hábil, e de modo justo, antes que tentar debelá-la a qualquer preço, sob a autoridade do poder estatal, via solução adjudicada. Uma coisa é lidar de maneira responsável e finalista com o processo; outra coisa é se livrar dele prematuramente ou administrá-lo burocraticamente".⁵⁴

Essa menor margem para ampliação das discussões na via judicial tende a ser tão mais intensa quanto maior o volume de processos sob responsabilidade do juízo, sendo certo que muitas vezes a multiplicidade de demandas de menor abrangência é em parte responsável pela inviabilidade de análise, com a profundidade necessária, de processos versando sobre questões mais complexas em matéria de direitos sociais.⁵⁵

Note-se que a situação descrita reflete um problema institucional em regra não imputável à condução particular do processo por este ou aquele magistrado, eles próprios inseridos num sistema que não consegue dar vazão a todo o volume de feitos que acumula, bem como presos a um rito processual

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270.

⁵⁵ Parcela da responsabilidade por esse cenário está no controle eminentemente *quantitativo* da produtividade dos magistrados por parte dos órgãos de controle, dando igual peso estatístico a questões com complexidades e abrangências diversas – metodologia esta que desestimula que magistrados se detenham mais minuciosamente sobre casos socialmente mais relevantes, dada a necessidade de que empenhem igual atenção para todos os demais casos aguardando decisão. A regra trazida no artigo 12 do novo Código de Processo Civil, que limita a capacidade de gestão do acervo processual por meio da imposição de critério preferencialmente cronológico para a análise dos feitos, reforça esse cenário ao minorar a margem para separação dos casos conforme critérios *qualitativos* de prioridade conforme o impacto social.

criado para uma lógica de interesses individuais contrapostos, lógica esta que não se encaixa perfeitamente na discussão de direitos sociais.

Por certo, as próprias partes, quando inseridas num ambiente processual pautado por lógica contenciosa e voltado à busca de solução dotada de viés eminentemente comutativo, não raro se focam mais na lide em si, e nos respectivos posicionamentos particulares, do que no interesse público primário porventura subjacente ao direito social em discussão.

Apesar de as recentes reformas do novo Código de Processo Civil terem sido no sentido de mudar essa cultura, passando a trazer ao processo uma lógica de consensualidade, a beligerância nesse meio ainda é a regra.

Tanto é assim que as advocacias públicas costumam manter separação dos membros que atuam nas vias judicial e extrajudicial, de modo que os procuradores com os quais há interlocução no processo judicial não são em regra os mesmos que tratam dos mesmos temas na esfera administrativa.

Isso significa que em demandas em face da Administração – que são a maior parte em se tratando de direitos sociais⁵⁶ –, o enfrentamento judicial se dá por representantes habituados à disputa e nem sempre dotados de autonomia para transigir, o que ajuda a explicar o fato de que as soluções consensuais junto ao Estado sejam normalmente obtidas na via extrajudicial, campo em que a interlocução se dá com representantes atuantes na consultoria jurídica da Administração, muitas vezes com maior contato com o gestor, o que traz maior espaço para a composição de interesses.

Também serve como explicação para a predominância de soluções consensuais no âmbito administrativo (extrajudicial) o fato de que o enfrentamento adequado de direitos sociais pressupõe espaço para o diálogo entre todas as partes envolvidas, incluindo, sempre que possível, a participação da população afetada, e esses espaços são mais restritos na arena judicial, a despeito dos recentes esforços no sentido de trazer ao processo judicial maior abertura para

⁵⁶ Como veremos, há direitos sociais demandáveis em face de particulares.

intervenção de terceiros⁵⁷ bem como uma cultura de pacificação que pressupõe maiores espaços para a construção dialogada de consensos.⁵⁸

Por todos esses aspectos é que muitos autores, levando em conta especialmente os citados problemas que decorrem do ativismo no campo de políticas públicas, defendem que o Poder Judiciário se abstenha do enfrentamento de questões sociais, deixando sua definição para o debate político.

Para Virgílio Afonso da Silva, "(...) se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc., de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político".⁵⁹

Poder-se-ia ponderar que os esforços legislativos de abertura da via judicial para mecanismos não adjudicativos – por meio do fomento a soluções consensuais – poderão no futuro resultar em mudanças nesse cenário, permitindo que o Judiciário passe a melhor absorver os influxos sociais e políticos, atuando como possível arena de participação dos variados setores da sociedade em seus pleitos e não apenas como distribuidor de bens a indivíduos específicos.

Essa conformação mais aberta da via judicial já existe, a propósito, em alguns ordenamentos estrangeiros – a exemplo do norte-americano –, como veremos ao tratar, no tópico atinente aos meios alternativos de solução de conflitos, da noção de Justiça multiportas.

O fato, porém, é que mesmo no direito comparado há posicionamentos restritivos à atuação judicial na seara dos direitos sociais, como

⁵⁷ Vide art. 138 do novo CPC, que traz a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* sempre que se reputar pertinente à luz da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia – observada a representatividade adequada daquele chamado a intervir.

⁵⁸ "(...) o cenário atual de litigiosidade no qual o número de demandas que tramitam no Judiciário é exponencial, respondendo o setor público por grande parte das ações. Uma série de medidas vem sendo levantada para lidar com esse cenário de litigiosidade: ao lado das técnicas processuais e do aprimoramento da gestão voltada à melhor administração da Justiça, surgem também incentivos à utilização de formas consensuais de solução de conflitos. Esse movimento em favor dos métodos consensuais está compreendido dentro do que o professor Kazuo Watanabe chamou de 'cultura da pacificação', que deve aos poucos substituir a 'cultura da sentença', esta última voltada ao aumento cada vez maior da quantidade de processos, recursos e execuções, alteração que depende, acima de tudo, de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito" (GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 4).

⁵⁹ 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: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 597.

demonstram as ponderações de Gerald Rosenberg, no sentido de que é uma esperança vazia entender que o Judiciário possa transformar-se em campo adequado para transformações sociais. Para o autor, tais transformações passam por efetiva participação e reivindicação da população, de modo que a afirmação judicial de direitos somente se sustenta quando amparada em ação política:

"(...) o argumento contido na obra A Esperança Vazia não é radical. O que é radical é a crença de que o litígio pode produzir mudança social significativa, de que direitos possam triunfar sobre a política (...). Nada disso significa que o direito seja irrelevante ou que as cortes nunca possam estender os objetivos dos relativamente desfavorecidos. Para o movimento dos direitos civis, por exemplo, as cortes exerceram um importante papel (...). Mas em cada caso as cortes foram efetivas porque um movimento político estava dando suporte à mudança. (...) No final, não há substituto para a ação política".⁶⁰

Mark Tushnet, outro relevante expoente do direito norte-americano, posiciona-se em sentido similar, ao indicar a via judicial, em matéria de pleitos sociais, como último recurso, a ser usado somente em face de perspectivas negativas no campo da ação política:

"(...) a revisão judicial é muitas vezes o último recurso de um movimento social e político que não tenha poder político. As pessoas raramente vão ao Judiciário – escolhendo uma estratégia jurídica – sem que estejam pessimistas quanto ao que poderiam obter através da ação política".⁶¹

Replicando na doutrina pátria esse entendimento de que a implementação de direitos sociais não pode vir senão como conquista política da sociedade civil, Virgílio Afonso da Silva pondera:

"Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar 'histórias de sucesso' na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o Judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos,

⁶⁰ "(...) the argument of The Hollow Hope isn't radical. What is radical is the belief that litigation can produce significant social reform, that rights triumph over politics (...). None of this means that law is irrelevant or that courts can never further the goals of the relatively disadvantaged. For the civil rights movement, for example, courts played an important role (...). But in each case courts were effective because a political movement was supporting change. (...) In the end, there is no substitute for political action" (ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 430-431, tradução nossa).

⁶¹ "(...) judicial review is often the last resort of a social and political movement that lacks political power. People rarely go to court – choose a legal strategy – unless they are pessimistic about what they could accomplish through political action" (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 143, tradução nossa).

a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa".⁶²

Na esteira dessa linha de raciocínio, a intermediação do pleito social não pode se revelar efetiva senão quando representar a inserção dos cidadãos no debate político, e o processo judicial pátrio, mesmo coletivo, não se presta a isso, notadamente por seu perfil marcadamente retributivo e comutativo, que deixa de levar em conta a faceta distributiva dos direitos sociais.

Para renomados processualistas pátrios, uma efetiva mudança do perfil do enfrentamento judicial de questões coletivas demandaria reformas mais incisivas no âmbito do microssistema processual coletivo vigente. Nesse sentido as considerações de Grinover, Watanabe e Lucon, ao defenderem a aprovação do projeto de lei 8.058/2014, cujo texto regulamentaria o controle judicial de políticas públicas, com a implementação de toda uma nova sistemática processual, tida pelos referidos autores como mais adequada ao enfrentamento de lides coletivas.⁶³

As mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC),⁶⁴ contudo, não trouxeram a reformulação propugnada nesse âmbito, mantendo em grande parte inalterada a sistemática anteriormente vigente para o processo coletivo, de modo que as dificuldades e complicações inerentes à intervenção judicial em matéria de direitos sociais ainda persistem sem perspectivas concretas de solução.

A constatação de que o processo judicial, mesmo coletivo, não é, ao menos não em sua roupagem atual, talhado ao enfrentamento adequado de direitos sociais com abrangência mais complexa e multifacetada, reforça a pertinência da progressiva ocupação do espaço de busca desses direitos por atores outros que tenham melhores condições de trabalhar por soluções

⁶² 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: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, P. H. S.; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 07.11.2017.

⁶⁴ Desse ponto em diante faremos uso da sigla "CPC" para nos referirmos ao diploma legal em questão.

consensuais junto ao poder político, dando voz, na arena pública, às demandas da sociedade.⁶⁵

De outro lado, a percepção cada vez mais acentuada das dificuldades da via judicial no campo dos direitos sociais tende também a gerar uma reformulação da própria noção de acesso à justiça, com o fomento a meios alternativos de solução de conflitos.

Esse movimento em verdade já se encontra em curso, como veremos a partir do próximo capítulo.

⁶⁵ Trataremos desse aspecto com maior detalhamento em capítulos subsequentes.

4. A REFORMULAÇÃO DA NOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Tradicionalmente se identifica a garantia do acesso à justiça com a previsão do inciso XXXV do art. 5º do texto constitucional, que estipula que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diversos autores, porém, têm propugnado noção mais ampla, defendendo que o acesso a ser garantido aos cidadãos é a uma ordem jurídica justa e não apenas (ou não necessariamente) ao Poder Judiciário. Nesse sentido:

"O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social. Isso vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país".⁶⁶

Note-se que, por essa acepção, a garantia passa a ser de acesso a direitos, ou a mecanismos que viabilizem sua adequada tutela, o que extrapola os limites da Justiça como órgão judiciário.

Essa possibilidade de uso mais *lato* da expressão já era apontada por Cappelletti e Garth em sua clássica obra sobre o tema:

"A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".⁶⁷

Como se percebe, a definição pode ser identificada com a busca de alternativas de ampliação do acesso a resultados socialmente justos e, como tal, abarca mecanismos não judiciais de acesso à fruição de direitos.

Para os fins do presente estudo adotaremos essa noção mais ampla de acesso à justiça, o que nos permite afirmar que a atuação extrajudicial de

⁶⁶ GRINOVER, ADA PELLEGRINI. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75. Essa noção é há muito defendida por Kazuo Watanabe: "A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa" (Acesso à Justiça e sociedade moderna, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

atores vocacionados à tutela coletiva representa mecanismo de potencialização do acesso à justiça, afirmação esta que somente faz sentido ao se entender “justiça” com acepção distinta de Poder Judiciário.⁶⁸

Esse o tema de fundo de todo o trabalho, aliás: explorar, no que tange a direitos sociais, as possibilidades de acesso à *justiça* sem a intermediação do Poder Judiciário.

Sobre a desnecessidade de que a efetivação de direitos passe pelo Poder Judiciário, são precisas as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

"(...) não há, na letra ou no espírito de qualquer dispositivo ou princípio constitucional, qualquer reserva de mercado em prol da Justiça estatal, por modo que todo e qualquer conflito de interesse tivesse que ser judicializado, o que acabaria por converter o direito de ação em... dever de ação. Ao contrário, a Justiça estatal é receptiva à atuação de outros órgãos decisórios não propriamente jurisdicionais, que podem e devem conhecer e decidir vasta gama de controvérsias (...)".⁶⁹

De fato, a proteção dos direitos fundamentais pode ser buscada em vários foros, e não apenas na via judicial. E é exatamente por isso que se afigura oportuno o resgate dessa releitura do acesso à justiça, para que se deixe de reputar atendida essa garantia pela simples viabilização do acesso ao Judiciário.

De nada vale, aliás, esse simples acesso formal se não representar efetivo acesso a direitos, e a probabilidade de ocorrência de ingresso meramente formal no sistema de justiça tende a se acentuar num cenário de acúmulo desarrazoado de processos, como nos tempos atuais:

"Apesar de haver atualmente no Judiciário cerca de cem milhões de processos em andamento, isto não significa que exista amplo acesso à Justiça pela população brasileira".⁷⁰

É longo, contudo, o caminho para a consolidação dessa visão de acesso à Justiça que deixe de se contentar com a simples disponibilização da via judicial, já que o sistema vigente mantém incentivos variados à litigância judicial e,

⁶⁸ Em razão dessa escolha terminológica, adotaremos o uso do termo “justiça” com inicial minúscula sempre que se estiver a referir à “ordem jurídica justa”. O termo “Justiça”, com maiúsculas, será reservado às hipóteses em que a referência for ao Poder Judiciário propriamente dito.

⁶⁹ *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 188.

⁷⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 13.

em face do excesso de feitos daí decorrente, traz medidas que giram em torno apenas do aspecto quantitativo do fenômeno.

Como consignado no tópico atinente aos problemas do ativismo, há estudos⁷¹ indicativos de que a busca judicial de direitos sociais (como o direito à saúde) se dá predominantemente a título individual, o que resulta em acesso não isonômico a direitos, na medida em que sua fruição fica adstrita aos litigantes, sem contemplar terceiros em possível situação análoga.

Esse cenário, em termos práticos, passa ao cidadão que viu terceiros terem seus pleitos contemplados judicialmente, e que se vê ainda alijado do acesso aos mesmos direitos, a mensagem de que, para ser beneficiado, deve ele próprio também levar ao Judiciário sua demanda.

Reforça-se, pois, com isso a (falsa) percepção de que somente pela via judicial é possível a fruição de prestações estatais não oferecidas abertamente a todos.

Tem-se aí um caldo de cultura de fomento à demanda judicial, o que é pernicioso à própria sustentabilidade do sistema, já que, em razão de limitações orçamentárias que restringem ampliações indefinidas da máquina administrativa, a capacidade de crescimento da estrutura de pessoal do Judiciário não consegue acompanhar a velocidade de crescimento das demandas – que por sua vez é diretamente influenciada tanto pelo aumento populacional quanto pela própria disseminação, no seio da sociedade, de postura judicializante que não estimula a resolução autônoma de conflitos.

E quanto maior esse acesso quantitativo ao Judiciário, mais lenta se torna a tramitação processual, dado o acúmulo de feitos.

O fato é que, para responder a esse cenário de fomento a mais judicialização, criam-se medidas voltadas a aumentar a máquina judiciária – de maneira a viabilizar maior capacidade de absorção de demandas – e a afastar barreiras econômicas ao ajuizamento de novas ações.

⁷¹ Referimo-nos ao estudo do CNJ, já mencionado em nota anterior (ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni [coord.]. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>, acesso em 07.11.2017).

Em outras palavras, diante de um quadro de acúmulo quase invencível de processos, cria-se um cenário de estímulo a mais processos, num verdadeiro ciclo vicioso que não resolve o problema.

Exemplificativo do afastamento das barreiras econômicas é a ausência de maior rigor para a concessão de gratuidade de justiça – bastando ao litigante que declare hipossuficiência econômica –, ou a isenção de custas em processos nos juizados especiais, cenários estes que implicam que em grande parte dos casos não sejam impostos custos senão de tempo aos litigantes, remanescendo ao Estado o custeio do processo como um todo.

Além disso, mesmo quando incidentes custas judiciais, em regra as tabelas correspondentes guardam proporcionalidade com o valor da causa somente até certo limite máximo, que em muitos casos é significativamente reduzido.⁷²

Não se nega a importância dessas medidas de facilitação do acesso ao Judiciário, tanto que consubstanciam a primeira onda renovatória de acesso à justiça.

Apenas o que se coloca é que esse cenário representa fomento à via judicial, e nesse caminhar por acesso cada vez maior ao Judiciário (aspecto, pois, quantitativo do fenômeno) pode-se estar deixando de lado o aspecto *qualitativo* do serviço jurisdicional prestado – o que paradoxalmente pode representar *menor* acesso aos direitos buscados.

Por certo, a entrega tardia da prestação jurisdicional, ou mesmo inadequada às especificidades do caso sob julgamento, equivale muitas vezes a um acesso *incompleto* ou mesmo *insuficiente* ao direito pleiteado.

O fato é que o progressivo aumento de processos termina por inviabilizar a capacidade de análise célere e aprofundada dos casos concretos, impondo ao Judiciário a adoção de soluções mecanizadas para lidar com processos em massa, o que não se coaduna com a natureza da prestação jurisdicional, que a rigor pressupõe análise detida dos argumentos e provas produzidos em contraditório.

⁷² No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por exemplo, as custas para o ajuizamento de ações cíveis ordinárias são de no máximo R\$ 469,64 (<https://www.tjdft.jus.br/servicos/custas-judiciais/saiba-sobre/tabelas-de-custas/tabela-g-dos-escrivas-secas-1a-do-civel/view>).

Esse estado de coisas, levado ao limite, mostra-se em realidade *contrário* ao acesso à ordem jurídica justa, na medida em que o congestionamento crescente do Poder Judiciário representa progressiva inviabilização de sua capacidade de apreciar, em razoável espaço de tempo e com suficiente e adequada análise dos contornos de cada caso, as demandas apresentadas. Não obstante vedado o *non liquet* – o que significa que em algum momento a resposta judicial virá –, nem sempre a solução apresentada vem no prazo ou com o alcance esperados.

As reformas processuais voltadas ao enfrentamento mais racional desse quadro – notadamente direcionadas ao tratamento de demandas repetitivas e à implementação de maior uniformidade das soluções encontradas na jurisprudência – geram como efeito deletério uma recorrente superficialidade no enfrentamento dos fatos e fundamentos processuais, em prejuízo do jurisdicionado, cujo caso concreto deixa muitas vezes de ter suas particularidades percebidas.

Reforça esse cenário, como visto no tópico relativo aos problemas do ativismo, o perfil de atuação dos órgãos de controle, que trazem exigências estatísticas que representam incentivos à prolação de decisões em bloco – sem maiores cuidados voltados a aferir a possibilidade de especificidades que demandem apreciação individualizada, apartada do bloco –, bem como estipulam metas temporais que terminam por levar a uma priorização da celeridade na prolação das decisões em detrimento da profundidade da análise dos casos sob apreciação.

Esse modelo quase industrial de gestão processual, voltado à manutenção de um ritmo mínimo de vazão numérica de processos, deixa de lado análises qualitativas mais profundas acerca da adequação da prestação jurisdicional à luz do direito pleiteado, desconsiderando ainda a maior ou menor complexidade de discussões afetas a direitos mais multifacetados – como é o caso justamente dos direitos sociais.

Diante desse enfoque quantitativo do fenômeno, que não garante o acesso efetivo a uma adequada fruição de direitos, alguns autores têm propugnado a implementação de medidas prévias – de tentativa de solução dos litígios na fase pré-processual – que condicionem o interesse de agir no ajuizamento de novas ações judiciais, entendendo que esse condicionamento,

mais do que minimizar o número de feitos levados ao Judiciário, traria ainda como efeito positivo uma possível mudança da cultura judiciarista:

"(...) a expressiva *desova* de processos em verdade opera sobre o excesso do estoque (...), não significando o resultado de uma política judiciária (...) voltada a enfrentar o problema onde começa, a saber, na *cultura judiciarista* disseminada entre nós, à sua vez inflada pela leitura irrealista e ufanista do direito de ação, não raro travestido como *manifestação de cidadania*. O antídoto que se afigura eficiente para se começar a reverter esse quadro está no gradual convencimento dos operadores do Direito e dos próprios jurisdicionados, de que a justiça estatal deve ser disponibilizada aos casos efetivamente *necessitados de passagem judiciária (...)*".⁷³

Segundo essa linha de entendimento, seria possível impor ao jurisdicionado que, interessado na satisfação de dados direitos, buscasse primeiramente a solução de seu litígio por meios outros disponíveis, não judiciais:

"Com efeito, a prévia passagem das controvérsias por outros órgãos, agentes e instâncias, fora e além dos quadros jurisdicionais propriamente ditos, idôneos a recepcioná-los e resolvê-los em modo consistente, justo e tempestivo, é de ser não apenas admitida, mas incentivada, no quadro de uma desejável democratização da prestação jurisdicional, tomada em modo consentâneo com o sentido contemporâneo de *jurisdição*".⁷⁴

Realidade similar à descrita já existe no direito norte-americano, em que algumas cortes condicionam o interesse processual à demonstração de prévia tentativa de solução do conflito por meios alternativos.⁷⁵

A dificuldade em transplantar essa lógica para a realidade brasileira está em sua compatibilização com o teor do inciso XXXV do art. 5º do texto constitucional, que traz a inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário – disposição esta que, em uma primeira análise, poderia levar a uma interpretação pela inconstitucionalidade de quaisquer medidas restritivas do acesso à via judicial.

⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 210.

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213. Marcelo Gonçalves Barbi também entende pela possibilidade de condicionantes ao acesso à via judicial: "(...) pode-se concluir que a exigência de prévio requerimento administrativo nada mais representa do que a concretização do caráter substitutivo da tutela jurisdicional, de modo que, caso não comprovado o adimplemento desse ônus pré-processual, não há necessidade na prestação da tutela jurisdicional (...)" (Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, v. 41, n. 252, fev. 2016, p. 333).

⁷⁵ Maior detalhamento será trazido no próximo tópico.

Maior reflexão sobre o tema, contudo, permite perceber que o ordenamento pátrio já possui variados exemplos – reconhecidamente válidos à luz do texto constitucional – em que é imposta a necessidade de tentar-se previamente a solução administrativa de dada questão, sob pena de não se reconhecer interesse em levar a mesma questão à apreciação judicial.

É o caso, por exemplo, da lei nº 9.507/97, que ao disciplinar o *habeas data* previu (artigos 2º e 8º) a necessidade de demonstrar a prévia tentativa de obtenção administrativa dos dados almejados.

Outro exemplo é o da lei nº 11.417/2006, que ao regulamentar o instituto da súmula vinculante previu (art. 7º, §1º) que em caso de ato administrativo contrário ao teor do enunciado somente será admitido o uso da reclamação após o esgotamento das vias administrativas.

Note-se que nesses casos a jurisprudência jamais falou em inconstitucionalidade, o que se revela justificável até mesmo pelo fato de que tais diplomas não trazem negativa de acesso ao Judiciário, mas apenas o condicionam à demonstração de sua efetiva necessidade.

Também em ações previdenciárias tem se decidido pela necessidade de prévio requerimento administrativo para que se possa falar em interesse processual. A tese foi respaldada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 631.240/MG, afetado ao regime de repercussão geral, j. 03.09.2014), que consignou que “A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo”.⁷⁶

Além dos exemplos citados, cabe ainda referir que o próprio texto constitucional traz, em duas ocasiões, condicionantes ao acesso ao Judiciário, ao colocar como necessária a demonstração da prévia tentativa de solução extrajudicial como condição para o ajuizamento de dissídios coletivos

⁷⁶ A partir do caráter aberto da afirmação é possível perceber que as próprias condições da ação (art. 17 do CPC atual e art. 267, VI, do CPC de 1973) podem ser colocadas como mecanismos (válidos) que restringem o acesso à via judicial.

trabalhistas⁷⁷ e também para a judicialização de questões versando sobre direito desportivo.⁷⁸

Nota-se, pois, não ser desarrazoada a defesa de condições para a admissibilidade da via judicial, notadamente por consubstanciarem mera postergação do acesso e não efetiva vedação, do que defluiria ausência de mácula, em situações tais, à garantia do inciso XXXV do art. 5º do texto constitucional.⁷⁹

Em matéria de direitos sociais inexistente previsão normativa vigente que condicione o interesse processual à prévia tentativa de solução extrajudicial do pleito, aplicando-se a regra geral vigente no procedimento comum, em que a solução consensual é oportunizada após já ajuizado o processo.⁸⁰

Desse modo, condicionantes nesse campo, tal como defendido por Mancuso nos trechos acima citados, somente seriam possíveis *de lege ferenda*.

De outro lado, há autores que defendem que os direitos sociais somente poderiam ser demandados por ações coletivas, afastando-se o interesse de agir em seu pleito a título individual.⁸¹

Aqui, diferentemente, entendemos que nem mesmo mediante alterações normativas esse posicionamento se sustenta, já que terminaria por violar a garantia de acesso à Justiça, na medida em que representaria efetiva vedação do ingresso individual – diversamente, pois, dos exemplos acima citados, em que esse acesso é apenas postergado para após a demonstração de prévias tentativas de solução consensual.

⁷⁷ Art. 114, § 2º: Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

⁷⁸ Art. 217, § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

⁷⁹ A defesa desse condicionamento ao acesso à Justiça tem por norte apenas evitar que a via judicial seja usada como primeira medida de enfrentamento de conflitos.

⁸⁰ O novo Código de Processo Civil prevê (art. 3º, § 3º) que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, e estipula, na fase inicial do procedimento comum, a designação de audiência de conciliação e de mediação – impondo, pois, seja ao menos tentada solução não adjudicativa, salvo se as partes expressamente manifestarem desinteresse na autocomposição ou se esta não for cabível (art. 334, *caput* e § 4º, CPC).

⁸¹ Essa a posição de Thiago dos Santos Acca, para quem tais direitos têm natureza difusa, razão pela qual “Esses bens só podem ser alcançados com ações coletivas (...)” (*Direitos sociais: conceito e aplicabilidade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 109).

Assim é que concordamos com a doutrina majoritária, no sentido de que inexistente abertura constitucional para o afastamento da possibilidade da demanda judicial individual em matéria de direitos sociais. Sobre o ponto, vale transcrever o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

"Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais (...). O curioso é que se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – e estratégia para impedir (...) ou eventualmente limitar (...) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social".⁸²

Isso não afasta nossa concordância com o posicionamento no sentido de que um enfrentamento mais adequado de direitos sociais somente é alcançado sob o viés coletivo,⁸³ nem prejudica nossa conclusão de que a tutela coletiva de direitos sociais encontra melhor guarida na esfera extrajudicial, que abre mais espaço para a consideração dos plúrimos aspectos envolvidos na discussão de políticas públicas.

Nota-se, pois, que o redimensionamento da noção de acesso à justiça, embora se relacione com o reconhecimento da insuficiência do simples ingresso formal no sistema judicial, não representa uma substituição dessa via por outras, mas sim uma tentativa de ampliação das arenas de discussão de direitos, o que deve ser trabalhado a partir de uma mudança na cultura de litígio ainda vigente na sociedade brasileira.

O crescente fomento a meios alternativos de solução de conflitos e a soluções consensuais – inclusive no âmbito da Administração Pública – está diretamente ligado a esse movimento de busca de uma cultura de pacificação, reconhecendo que a via judicial é apenas um dos caminhos de viabilização do acesso a uma ordem jurídica justa.

⁸² *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 217. O autor não se insurge contra a priorização da tutela coletiva nessa seara, desde que não se impeça a possibilidade de tutela individual.

⁸³ "(...) os direitos sociais devem ser realizados de forma coletiva" (SILVA, Virgílio Afonso da. *Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico*. In: CLÉRICO, Laura *et. al.* [coord.]. *Derechos fundamentales, principios y argumentación*: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011, p. 204). No original: "(...) los derechos sociales deben ser realizados de forma colectiva", tradução nossa.

Mancuso problematiza esse movimento, indicando que a inafastabilidade do acesso à Justiça tem sido recolocada para abarcar esses meios alternativos (o que, como veremos no tópico a seguir, tem levado a um redimensionamento da própria noção de jurisdição):

"Até que ponto são possíveis, no quadro constitucional brasileiro, medidas limitativas ao acesso à Justiça? E, se possíveis, seriam elas convenientes da perspectiva de uma política de atendimento estatal às controvérsias surgidas na sociedade? Tais questões somente têm sentido se a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional puder ser entendida de forma a permitir a assimilação pelo sistema jurídico de mecanismos alternativos à prestação do serviço judiciário pelo Estado. Nesse sentido, recoloca-se a questão da inafastabilidade, tornando necessária uma nova consideração teórica, capaz de responder a uma tendência atual de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias".⁸⁴

Mauro Cappelletti e Bryant Garth referiram-se a essa ampliação do leque de caminhos à efetivação de direitos como inserida no que chamaram de "terceira onda" de acesso à justiça. Nas palavras dos autores:

*"Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas."*⁸⁵

É tempo, pois, de explorar essa terceira onda, e as condições para tanto estão postas. É o que veremos a partir do próximo item.

4.1. O fomento aos meios alternativos e o sistema multiportas

Apesar de o Judiciário ser usualmente colocado como órgão garantidor de direitos por excelência, é indiscutível que a proteção dos direitos fundamentais pode ser buscada também em outras vias.

Por certo, ao assegurar direitos fundamentais de natureza variada, não poderia o texto constitucional restringir à via judicial a busca por sua

⁸⁴ SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz *et. al.* (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779.

⁸⁵ *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 68.

efetivação (não obstante referida via seja mantida como inafastável), sob pena de minimizar o alcance desses direitos.

No sentido da viabilidade de proteção dos direitos fundamentais em várias esferas, vale referir a percuciente observação de Anna Candida da Cunha Ferraz:

"A nota distintiva do Estado de Direito contemporâneo reside não mais no reconhecimento dos direitos da pessoa humana – os direitos fundamentais positivados nas Constituições (...), mas na proteção desses direitos. (...) A proteção dos direitos fundamentais pode se espraiar em várias vias (...)".⁸⁶

Embora não seja nova essa conclusão,⁸⁷ o fato é que somente em período mais recente tem crescido o debate jurídico acerca de meios alternativos à solução judicial, igualmente aptos à busca da efetivação de direitos fundamentais.

Os debates subjacentes à reforma do Código de Processo Civil indicam que esse recrudescimento da atenção dada ao tema liga-se diretamente à crise de lentidão e sobrecarga por que vem passando o Poder Judiciário.⁸⁸

A relevância desses meios alternativos, entretanto, é de ser destacada por si só, e não apenas como meio de vazão de conflitos represados na via judicial.

A doutrina atual tem aos poucos começado a se atentar para esse aspecto:

"Há de se ressaltar que a opção pelos meios de solução extrajudicial de conflitos não pode se dar apenas em razão da lentidão dos processos e com o intuito de desafogar o Poder Judiciário, mas, sobretudo, com o intuito e o cuidado de assegurar a garantia dos direitos fundamentais. A adoção de meios alternativos de resolução de conflitos representa tentativa efetiva de aumentar o acesso à justiça,

⁸⁶ A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 79.

⁸⁷ Já em 1975 a doutrina apontava que "(...) nem todos os conflitos sociais são absorvidos e decididos pelo Poder Judiciário" (BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário: subsídio metodológico para a compreensão do procedimento judiciário*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1975, p. 161).

⁸⁸ A necessidade de reformas no sistema processual, com vistas a albergar de maneira mais acentuada mecanismos alternativos à jurisdição, é há muito defendida: "(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações as formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 71).

vez que não se pode confundir o acesso ao judiciário com o acesso à justiça. O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido por um Estado que pretenda não apenas proclamar, mas efetivamente assegurar direitos a todos. E o alcance aos direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição pode ser obtido tanto na via jurisdicional e formal, como na via alternativa de solução de conflitos através dos meios extrajudiciais de solução de conflitos".⁸⁹

E esse caminho de progressiva guarida a meios compositivos que ultrapassam os limites tradicionais do processo vem sendo influenciado por um resgate – que se fez intenso por ocasião dos debates inerentes à reforma do sistema processual civil – de experiências colhidas do direito comparado.

A comparação com a realidade norte-americana, no tema dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, deixa evidente como ainda há muito a trilhar, e como os resultados futuros podem ser promissores, caso se supere o apego ao rito processual tradicional.⁹⁰

Na realidade estadunidense existe toda uma cultura de valorização de soluções não adjudicativas de conflitos, o que em grande parte dos casos leva a uma postura de encarar a via judicial como último recurso, após o esgotamento de variadas tentativas anteriores de abordagem consensual. Ilustrativa desse cenário é a descrição de Sally Engle Merry, referindo-se à postura de advogados que atuam na área trabalhista:

"(...) eles não entram na corte ansiosamente nem rapidamente; é tipicamente um último recurso, um movimento desesperado quando todo o mais parecer ter falhado. Recorrer ao Judiciário é simbolicamente um passo muito sério, que inflama a parte contrária e rapidamente faz intensificar o conflito".⁹¹

⁸⁹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 797.

⁹⁰ O estudo comparativo, notadamente com a realidade dos Estados Unidos, deixa claro como em diversos casos a solução consensual se revela mais adequada à natureza do conflito: "A referida crise da jurisdição estatal reforça a necessidade de se lançar mão de mecanismos alternativos. Tal crise não é apenas relacionada ao grande número de feitos, mas também qualitativa, isto é, referida à adequação das soluções produzidas pelo sistema estatal. Se nos Estados Unidos apenas uma pequena quantidade de casos chega às cortes e destes apenas uma pequena porcentagem chega a julgamento, sendo resolvidos precocemente mediante acordo, no Brasil, ainda que não haja estatísticas a esse propósito, é intuitivo afirmar que a grande maioria dos processos absorvidos pela máquina judiciária estatal termina com uma decisão judicial, após longa instrução e esgotamento de vias recursais" (SALLES, Carlos Alberto. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz *et. al.* (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 780-781).

⁹¹ "(...) they enter the courthouse neither eagerly nor quickly; it is typically a last resort, a desperate move when all else seems to have failed. Turning to the court is symbolically a very serious step, one which inflames the other side and rapidly escalates the conflict" (MERRY, Sally Engle. *Getting*

Mesmo após o ingresso no sistema judicial são ainda feitas novas tentativas de abordagem não adjudicativa do litígio, com o encaminhamento das partes, conforme triagem analítica realizada, a um ou mais meios alternativos reputados adequados à natureza da lide.

Existe, pois, a possibilidade de que as próprias Cortes considerem que a disputa é adequada para soluções outras que não o litígio, encaminhando as partes para tentativas nesse sentido.

É o que passou a ser chamado de sistema de justiça multiportas (*multi-door courthouses*).

Leva-se em conta, nessa análise, a existência ou não de interesse público que justifique que a questão seja decidida pela Corte – o que é o caso, *v.g.*, quando se cuida de interpretação de relevante questão jurídica passível de formar precedente importante, ou quando é necessária sanção, ou quando há incapacidade de alguma das partes em negociar em condições de igualdade. Em hipóteses, por exemplo, em que se prevê que a disputa será longa, recomenda-se o caso a alguma forma de solução não adjudicada.

De todo modo, se infrutíferas as tentativas, os disputantes permanecem com o direito de insistir no julgamento.

Com essa sistemática, grande parte das questões judicializadas não chegam a receber apreciação meritória por magistrados, encontrando solução abreviada no curso do processo. Juliana Demarchi descreve bem esse cenário:

"Pequena parte dos casos submetidos à justiça civil norte-americana são efetivamente julgados, encerrando-se com uma decisão judicial de mérito. É recorrente a informação de que apenas 10% dos casos chegam a julgamento, o que implica uma elevada taxa de obtenção de acordos nas causas cíveis, além dos casos de encerramento sem julgamento de mérito e adoção, pelas partes, da arbitragem".⁹²

Fatores variados levaram ao significativo florescimento dos meios alternativos no direito norte-americano, dentre os quais vale citar: menores

justice and getting even: legal consciousness among working-class americans. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 173, tradução nossa).

⁹² *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 185.

custos, menores dispêndios de tempo, soluções mais adequadas às necessidades das partes e maior adesão às soluções alcançadas.

Além disso, há toda uma estrutura – inclusive educacional – de incentivo a soluções consensuais – por exemplo, com centros para solução de conflitos de vizinhança –, sendo certo que a disseminação da prática gera um efeito pedagógico positivo – inclusive em reforço a valores comunitários – que alimenta um ciclo virtuoso de priorização de mecanismos não litigiosos de solução de disputas.⁹³

No direito brasileiro ainda é incipiente essa realidade, não obstante o novo CPC tenha trazido mecanismos de estímulo a soluções consensuais, numa tentativa de diminuição da ainda disseminada cultura de beligerância processual.

Assim é que o novo diploma processual estipula que o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º), impondo aos tribunais a criação de centros judiciários responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165).

A doutrina processual civil vem dando destaque a essa transformação em curso, voltada a trazer para a realidade brasileira ao menos parte da experiência do sistema americano de justiça multiportas, em que o próprio Poder Judiciário tem papel ativo na oferta de soluções alternativas:

“O processo civil está passando por uma radical transformação. A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas. Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser ultima ratio, extrema ratio. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição (...).”⁹⁴

⁹³ Para maior aprofundamento sobre mecanismos alternativos na realidade norte-americana, vide o excepcional estudo de GOLDBERG, Stephen B. et. al. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36.

Note-se, de todo modo, que as disposições do novo CPC nesse campo não são propriamente inovadoras, antes representando a consagração e a consolidação de esforços variados que já estavam em curso no direito brasileiro, no sentido de criar maiores condições para a disseminação de métodos consensuais de solução de conflitos.

Por certo, já em 2009 foi assinado, pelos presidentes dos Poderes da República Federativa do Brasil, o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”, prevendo o compromisso de estimular a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125, prevendo política voltada a buscar a solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, regulamentando a adoção, no âmbito do Judiciário, de métodos consensuais de solução de conflitos, inclusive através da criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Em 2014 foi lançada pelo Ministério da Justiça a Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), tendo por norte a difusão de métodos alternativos voltados à obtenção de soluções mais céleres, de maneira a também reduzir o número de processos judiciais no país.

No mesmo ano o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)⁹⁵ editou a Resolução nº 118, instituindo uma política nacional de incentivo à autocomposição.

Em 2015 sobreveio a lei nº 13.140, dispondo sobre mediação e sobre a autocomposição de conflitos envolvendo o poder público – coroando esforços já existentes na seara federal desde a criação, no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU),⁹⁶ da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, já em 2007 (portaria AGU nº 1281/2007 e decreto federal nº 7392/2010).

Iniciativas outras variadas foram feitas no mesmo sentido, ainda que em âmbito regional ou local, valendo citar como exemplo o lançamento, pelo

⁹⁵ Doravante faremos uso, ao longo de todo o trabalho, da sigla CNMP para nos referirmos ao Conselho Nacional do Ministério Público.

⁹⁶ Faremos uso, no curso da exposição, da sigla AGU para nos referirmos à Advocacia-Geral da União.

Tribunal de Justiça de São Paulo, dos programas “Empresa Amiga da Justiça” (portaria nº 9126/2015) e “Município Amigo da Justiça” (portaria nº 9127/2015), voltados à disseminação de soluções alternativas de resolução de conflitos.⁹⁷

Em suma, o que se nota é a existência, no direito brasileiro, de um contínuo esforço por mudança para uma cultura de pacificação, estimulando mecanismos de solução não judicial de conflitos, ou solução consensual de conflitos já judicializados. Nesse sentido:

"A experiência tem mostrado que não adianta focar apenas a 'produção' de respostas jurisdicionais, sem atentar para o input, ou seja, para a entrada massiva e crescente de novos processos, os quais, em sua grande maioria, poderiam e deveriam ser endereçados a outros órgãos e instâncias, inclusive os parajurisdicionais, capazes de recepcioná-los e resolvê-los em modo justo e tempestivo. Aí, sim, se estaria a lidar com a causa ao invés de apenas tentar combater as consequências, como até hoje, basicamente, se tem feito. Com essa mudança de perspectiva e de mentalidade se poderia augurar um futuro mais auspicioso, com a gradual conversão da atual cultura da sentença numa cultura da pacificação, como propugna Kazuo Watanabe".⁹⁸

Como reflexo dessa evolução normativa, na prática forense tem sido possível verificar uma mudança cultural em curso, no sentido de dar maior espaço a soluções consensuais.

Exemplo ilustrativo desse cenário é a iniciativa implementada pela Defensoria do Estado do Pará, que passou a adotar ambiente de conciliação virtual (via aplicativo “Skype” e email), para fins de viabilizar solução extrajudicial de demandas em hipóteses de pessoas residindo em locais diversos do município sede da Defensoria.⁹⁹ Tratou-se de medida decorrente da observância da maior agilidade das soluções extrajudiciais e da constatação de que tentativas de conciliação restavam inviabilizadas apenas em razão da barreira da distância geográfica.¹⁰⁰

⁹⁷ A íntegra do compromisso assinado junto ao Município de São Paulo encontra-se disponível no link

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/acesso_a_informacao/COMP_PUBL_TJ.pdf.

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

⁹⁹

Detalhamento:

https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25731/C_SIO_BITAR_VASCONCELOS.pdf.

¹⁰⁰ Vale observar que embora o foco dessa específica atuação fossem direitos buscados a título individual, o instrumental aí adotado também pode ser utilizado para o enfrentamento de direitos na seara coletiva, mediante interlocuções remotas (por videoconferência, por exemplo) entre órgãos de controle e administradores envolvidos – evitando com isso dispêndios de tempo e de

Em âmbito doutrinário, esse movimento de valorização de meios alternativos tem sido acompanhado por uma releitura da própria definição de jurisdição, de maneira a abarcar soluções não adjudicativas:

"Dessa maneira, em uma definição alargada, o conceito de jurisdição poderá contemplar mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ainda que não abrigados no aparato judiciário do Estado. Aceitar a inclusão no conceito de jurisdição de mecanismos não judiciais de solução de conflitos permite uma interpretação mais próxima das finalidades da norma de inafastabilidade (...). Afinal, o objetivo do legislador constitucional não é outro do que aquele de propiciar uma resposta adequada a qualquer ameaça ou lesão a direito. A jurisdição estatal, nessa abordagem, deve ser vista como um recurso final, uma maneira de obter uma palavra final acerca de determinada controvérsia. A alternativa judicial deixa de significar, entretanto, a saída melhor ou necessária de solucionar uma controvérsia".¹⁰¹

Nota-se que essa releitura da jurisdição liga-se diretamente à ampliação interpretativa do alcance da garantia de inafastabilidade do acesso à justiça, tema sobre o qual discorreremos no tópico anterior:

"Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça".¹⁰²

Pode-se dizer que essa acepção mais lata de jurisdição – de maneira a abarcar, pois, os meios alternativos de solução de conflitos –¹⁰³ de

recursos com deslocamentos territoriais. Cumpre, pois, que os operadores jurídicos acompanhem as facilidades propiciadas pelo avanço das comunicações digitais.

¹⁰¹ SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz et. al. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 784.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20. Sobre o tema, é a seguinte a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: "Portanto hoje a jurisdição já se descolou da vetusta conotação monopolizada estatal, para, sob uma linha evolutiva, consentir uma acepção de corte expansivo e inclusivo, assim receptivo a outros agentes, órgãos e instâncias, e em certos casos até pressupondo sua intervenção, pondo à calva que o escopo de pacificação dos conflitos com justiça não é, nem deve ser, apanágio exclusivo da função judicial do Estado" (*Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 189).

¹⁰³ "A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto é assim que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça ('a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' – Const., art. 5º inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional. Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (...)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 62).

certa maneira resgata a própria etimologia da palavra, que vem do latim *juris dicere*, cuja tradução é “dizer o direito”. Isso porque não cabe apenas ao Judiciário dizer o direito, o que permite de fato encaixar como jurisdicionais atividades outras com equivalente viés declaratório do direito.¹⁰⁴

Independentemente da necessidade ou não da reformulação do conceito de jurisdição para que se possa sustentar o peso a ser dado aos meios alternativos, o fato é que todas essas discussões refletem uma nítida tendência de valorização da consensualidade.

No campo dos direitos sociais isso tem especial relevo na interlocução com o Estado, já que essa tendência tem estado presente inclusive no âmbito de atos da Administração (o que não deixa de representar uma reformulação da noção de indisponibilidade do interesse público, como veremos com mais vagar em outro ponto).

Sobre esse novo paradigma de atuação administrativa, aberta aos influxos do diálogo – o que, reitera-se, assume papel essencial na viabilização de soluções não judiciais em matéria de direitos sociais –, vale transcrever a seguinte descrição:

"(...) a consensualidade administrativa consiste em um dos mais caros mecanismos de governança pública. Em oposição à tradicional metódica de tomada de decisão administrativa – unilateral e imperativa, indiferente aos resultados práticos da medida –, a governança pública prevê um modelo de gestão pública orientado por determinada ordem de valores públicos (...): (i) problem-solving orientation; (ii) interdependência público-privada; (iii) decisões administrativas provisionais; (iv) flexibilidade e busca por alternativas de eficiência; e (v) papel institucional do Poder Público de promoção de negociação e acordos entre partes interessadas no objeto da regulação".¹⁰⁵

¹⁰⁴ Remanesceriam como exclusivas do Judiciário funções outras que extrapolam a mera declaração de um direito, a exemplo da execução de títulos executivos e da tutela cautelar, bem como o poder declaratório de inconstitucionalidade de atos normativos – além, claro, de atividades ínsitas à esfera criminal. No âmbito processual civil e no que toca à função declaratória do direito, contudo, nem mesmo características tradicionalmente reputadas como próprias da via judicial, a exemplo da definitividade da solução adotada, podem ser colocadas hoje como exclusivas da atividade jurisdicional do Judiciário, já que, ainda que com temperamentos, fazem-se presentes também em meios alternativos como a arbitragem. Sobre o tema, é a seguinte a lição de Fredie Didier Jr.: “A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada)” (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 81).

¹⁰⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 166.

Esse movimento de fomento a soluções consensuais (não adjudicativas) está na raiz do sucesso das abordagens extrajudiciais e representa inequívoca potencialização do acesso à ordem jurídica justa, na medida em que viabiliza um aumento da satisfação de direitos, em regra com maior celeridade.

Geisa de Assis Rodrigues traz percuciente análise acerca do tema, contextualizando-o no debate dos direitos transindividuais:

"Não seria, portanto, compatível com a lógica de acesso à justiça no Estado democrático de Direito que os conflitos envolvendo direitos transindividuais, desde quando seja possível, não pudessem se beneficiar de todas as vantagens apresentadas pelo instituto da conciliação. (...) Além da possibilidade da conciliação judicial, também é possível a conciliação extrajudicial através da celebração do termo de ajustamento de conduta previsto na lei da ação civil pública (...). O que deve restar claro é que o ordenamento jurídico brasileiro também está sendo influenciado pela tendência de estimular a solução extrajudicial de conflitos, quando esta se revelar adequada, também como uma decorrência do acesso à justiça promovido pelo Estado democrático de Direito que pretende ter um sistema de resolução de conflito eficiente, tanto através da atividade jurisdicional quanto mediante a existência de outros mecanismos de justiça convencional. Essa onda de acesso à Justiça, para usar a expressão de Cappelletti, surgiu a partir da insuficiência da resposta dada pelo Poder Judiciário às demandas de prestação jurisdicional no âmbito civil".¹⁰⁶

O presente estudo se insere como representativo do peso dessa discussão, voltando-se à análise dos plúrimos caminhos não judiciais hábeis a viabilizar, por intermédio do diálogo e da construção de soluções consensuais, a ampliação do acesso à fruição de direitos sociais.

O êxito desse processo tem sido influenciado em grande medida pela disseminação do debate jurídico para além dos estreitos limites dos processos judiciais, como veremos no próximo item.

4.2. A disseminação do discurso jurídico e a interpretação aberta da Constituição

O discurso jurídico vem se espalhando cada vez mais para arenas externas ao espaço do processo judicial, sendo possível notar que mesmo no campo jornalístico – alheio, portanto, ao mundo jurídico – o debate sobre direitos tem sido cada vez mais presente.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54-55.

Embora se possa indicar que, no Brasil, a veiculação televisiva de julgamentos da Corte Suprema seja em parte responsável pela potencialização desse fenômeno, o fato é que o interesse da população e da mídia nos acontecimentos jurídicos – sobretudo nos posicionamentos jurisprudenciais em casos de maior repercussão – parece ser crescente também em diversos outros países – estimulado talvez pela facilidade cada vez mais disseminada de acesso à informação, sobretudo pela internet.

No contexto da realidade norte-americana, por exemplo, Ronald Dworkin pontua que “A linguagem dos direitos atualmente domina o debate político nos Estados Unidos”,¹⁰⁷ afirmação esta que poderia ser perfeitamente generalizada para outros locais.

Esse protagonismo da linguagem jurídica parece refletir a consolidação de um cenário de progressiva abertura da interpretação jurídica para além dos limites dos tribunais.

O tema é bem desenvolvido por Peter Häberle em seus escritos sobre intérpretes abertos da Constituição.¹⁰⁸ Conforme bem observa o autor, “(...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...)”.¹⁰⁹

Tem-se aí um saudável movimento de fortalecimento da sociedade a partir da conscientização sobre seus direitos,¹¹⁰ traduzindo um ciclo virtuoso de aprendizado, interesse e participação crescentes da população no acompanhamento de temas de interesse público.

Inocêncio Mártires Coelho descreve bem esse processo ao tratar da expansão da interpretação constitucional para além dos limites dos órgãos oficiais, alcançando a sociedade como um todo:

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 283.

¹⁰⁸ Vide, por todos: HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 13. O autor observa que à jurisdição constitucional se reserva a última palavra sobre a interpretação dos direitos, mas não a exclusividade: “(...) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (representam forças produtivas de interpretação (...)); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (...). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...)” (*Op. cit.*, p. 14).

¹¹⁰ Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos colocam que a crescente invasão do direito na organização da vida social é parte de um aprendizado de cidadania pelas pessoas, através dos direitos (*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149).

"a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma virada hermenêutica radical para que a interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo pela e para a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais".¹¹¹

Dado o papel central do direito na regulação da vida social, revela-se altamente salutar – e até mesmo necessário num Estado democrático de direito¹¹² – que a sociedade, por seus variados setores, mesmo não atuantes na seara jurídica, tenha conhecimento de seus direitos e participe do debate sobre eles,¹¹³ até como meio de viabilizar uma fiscalização difusa e contínua quanto à observância, sobretudo pelo poder público, dos deveres impostos pelo ordenamento em matérias de interesse social.

Veremos ao final deste estudo como esse processo tem levado a um verdadeiro redimensionamento do papel da cidadania na sociedade, com a assunção de postura mais ativa que impacta diretamente o ritmo e a extensão da efetivação de direitos sociais pelo poder público.¹¹⁴

¹¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. *Revista de Informação legislativa*, v. 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 158.

¹¹² Inocêncio Mártires Coelho pontua no mesmo sentido: "Em suma, no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a leitura da Constituição se faça em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres" (*Idem, ibidem*).

¹¹³ Os debates jurídicos se espriam, nesse passo, para campos variados, nas esferas pública e privada. Robert Alexy traz acurada descrição dessa propagação da argumentação jurídica: "Há tipos totalmente diferentes de discussão jurídica. Podem-se distinguir assim as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos. (...) O aspecto comum mais importante consiste em que, em todas as formas (ao menos em parte), argumenta-se juridicamente. (...) Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente" (*Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 209-210).

¹¹⁴ Esse maior grau de participação impacta ainda a própria legitimidade das medidas empreendidas: "(...) quando os cidadãos vêem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito" (CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck [org.]. A

A abertura da interpretação jurídica tem, nesse contexto, o relevante papel de viabilizar uma progressiva uniformidade de linguagem no debate de políticas públicas, o que tende a reforçar a disponibilização, pela Administração, de maiores espaços para a interlocução direta com a população como mecanismo de gestão mais democrática da coisa pública.

O reconhecimento da importância dessa cidadania ativa tem também impactado o viés de atuação dos órgãos de controle com atribuição em matéria de direitos sociais, no sentido de manter permanente contato com os influxos e manifestações da sociedade.

Com efeito, se a população sabe interpretar e reconhecer seus direitos, com maior razão deve sempre ser ouvida quando em discussão direitos por ela titularizados.

De outro lado, a disseminação do discurso jurídico, ao reforçar a percepção de que não cabe apenas ao Judiciário o papel de intérprete do texto constitucional, tem se prestado a consolidar a própria legitimidade da atuação desses órgãos de controle, bem como de outros atores não judiciais, na discussão de políticas públicas e de direitos sociais.

O debate desses direitos passa a se espriar, pois, para além dos limites das arenas judicial e legislativa:

*“Discutir sob o ponto de vista do direito, de maneira dialógica, com foco no consenso, buscando estabelecer soluções, indica a possibilidade de construção de direitos e de novos sentidos que não se reduzem à mera atuação legislativa ou judicial”.*¹¹⁵

Assim é que, diante de todo esse contexto, há quem vislumbre uma *juridicização* da política,¹¹⁶ fenômeno que representa o enfrentamento *jurídico* de problemas outrora deixados exclusivamente à esfera política – de maneira diversa e mais ampla, pois, do que ocorre na judicialização, em que isso é feito pela figura do Estado-Juiz.

Em outras palavras, tem-se aí a assunção, por outras instituições jurídicas que não o Judiciário, de um perfil mais atuante no debate de políticas

democracia e os três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003, p. 39).

¹¹⁵ ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*, p. 149. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>, acesso em 10.06.2017.

¹¹⁶ Vide a obra de Asensi referida na nota anterior.

públicas sociais, com o preenchimento de espaços não judiciais de atuação nesse campo.

A abertura interpretativa constitucional assume papel essencial no êxito dessas atuações não judiciais, já que viabiliza o diálogo entre todos os atores envolvidos – órgãos de controle,¹¹⁷ poder público e sociedade – a partir de uma mesma racionalidade jurídica, viabilizando o uso do convencimento argumentativo para a obtenção de soluções juridicamente válidas e suficientes para a solução dos casos discutidos.¹¹⁸

Todo esse quadro evidencia como cada vez mais a via judicial tem sido encarada como apenas um dos caminhos possíveis para a efetivação de direitos, e não como via necessária. Felipe Dutra Asensi faz interessante descrição dessa nova realidade em curso:

*“(...) existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais, o que revela um movimento de juridicização da política e das relações sociais. De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores (...)”.*¹¹⁹

Há quem coloque esse movimento como um processo de *desjudicialização*, que se acentua à medida que se delinham limites da via judicial – assim como a judicialização se acentuou a partir do reconhecimento dos limites do Legislativo:

*"A judicialização acentua a realização de um deslocamento da lei abstrata (do legislador) para a lei concreta (do juiz) – mas tudo inserido no sistema jurídico. A desjudicialização estabelece-se a partir do limite do Judiciário, que não consegue satisfazer (dar a solução), daí fazendo nascer outras possibilidades mais satisfatórias de solução dos conflitos de interesses”.*¹²⁰

¹¹⁷ Por órgãos de controle referimo-nos aos atores estatais com atuação extrajudicial no campo dos direitos sociais, os quais serão especificados no item 6.2. deste trabalho.

¹¹⁸ Veremos no capítulo 7 que particulares também podem assumir posições que lhes impõem deveres em matéria de direitos sociais, e é justamente a abertura da linguagem dos direitos que permite atuações não judiciais exitosas também junto a esses setores privados da sociedade, já que permite a formação e a adequada compreensão de um diálogo construído sob bases jurídicas.

¹¹⁹ ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*, p. 91.

¹²⁰ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199: 25-33, jul./set. 2013, p. 32-33.

Essa desjudicialização tem descortinado espaços não judiciais de atuação em matéria de direitos sociais cada vez mais amplos. Discorreremos com mais vagar sobre seus contornos no próximo tópico.

5. CONTORNOS E PARTICULARIDADES DA VIA NÃO JUDICIAL

O espaço extrajudicial tem sido progressivamente palco de maior protagonismo no enfrentamento de grandes questões sociais, o que se afigura consentâneo com a já apontada tendência de fomento a soluções consensuais em detrimento do apego ao formalismo do rito processual.

Abre-se, assim, na busca pela efetivação dos direitos sociais, um campo alternativo à judicialização,¹²¹ partilhando da mesma finalidade protetiva de direitos mas dotado de particularidades várias, sobre as quais discorreremos a seguir.

Inicialmente, importa reconhecer que o espectro de atuação da via extrajudicial não é tão amplo como o da via judicial, já que o Judiciário pode conceder direitos sociais inclusive ao arrepio do texto legal, afastando, mediante juízo de inconstitucionalidade, a validade de uma norma restritiva de direitos.

O julgado abaixo ilustra bem essa possibilidade:

"PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL.

1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.

2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201 inciso I, da Constituição Federal.

3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.

¹²¹ Luiza Cristina Fonseca Frischeisen destaca a coexistência dos dois caminhos alternativos no enfrentamento de questões sociais pelo Ministério Público: "A atuação instrumental tradicional, através da ação civil pública perante o Judiciário, é apenas uma das possibilidades para a imposição de obrigação de fazer à administração para que sejam implantadas políticas públicas para a efetividade dos artigos da Constituição relativos à ordem social, bem como da legislação infraconstitucional atinente à matéria. Por outro lado, a atuação extrajudicial, através dos inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos, com o uso dos instrumentos legais da recomendação e dos compromissos de ajuste (ou ajustes de conduta), pode conferir maior agilidade para a efetividade de políticas públicas que se relacionam com vários vetores" (*Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 131).

4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria.

5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença.

6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa.

7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação".(TRF4 - AC nº 0017373-51.2012.404.9999, Des. Federal ROGERIO FAVRETO, DJ de 16/09/2013).

Como se nota, cuidou-se aí da extensão de um direito social (adicional de benefício previdenciário) a destinatários não previstos na lei, afastando-se o princípio da legalidade sob o fundamento de violação à isonomia.¹²²

Exemplo análogo pode ser encontrado em julgados que reconheceram, com fulcro no direito social à saúde e no mínimo existencial, a extensão, a trabalhadores em atividade, da isenção de imposto de renda prevista para aposentados portadores de moléstia grave, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma vigente no ponto em que deixa de contemplar destinatários em situação análoga:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - IRPF - MOLÉSTIA GRAVE (ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88)- ISENÇÃO:" RENDIMENTOS "DA ATIVIDADE, NÃO APENAS" RENDIMENTOS "DA INATIVIDADE (PROVENTOS DE APOSENTADORIA/REFORMA) - EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS. 1- A isenção, vicejando só em prol dos" inativos portadores de

¹²² O art. 45 da lei nº 8.213/91 prevê adicional ao aposentado por invalidez que necessite da assistência permanente de terceiro, inexistindo previsão análoga para outros tipos de aposentadoria. A despeito de a jurisprudência majoritária afastar a extensão a outros benefícios, em razão da legalidade, o entendimento colacionado no precedente citado não é isolado, como demonstra o seguinte aresto: "PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. ACRÉSCIMO DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO). APLICABILIDADE RESTRITA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (ART. 45 DA LEI N.º 8.213/91). IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. EXTENSÃO ÀS DEMAIS ESPÉCIES APOSENTATÓRIAS (IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO). VIABILIDADE. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO MANTIDO." (TRF-2 - INCJURIS: 200550510014191 RJ 2005.50.51.001419-1, Relator: Juiz Federal AMERICO BEDÊ FREIRE JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2012, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::25/05/2012 - Página::3/4).

moléstias graves", está descompromissada com a realidade sócio-fático-jurídica; a finalidade (sistemática) da isenção, na evolução temporal desde sua edição em 1988; os princípios da isonomia e da dignidade humana e, ainda, com o vetor da manutenção do mínimo vital. 2- A contextualização fático-jurídica, em olhar conectado com o hoje, da isenção (salvo conduto tributário), que propende a ser vitalícia, é do tipo "geral e ex vi legis", a toda situação em que caracterizadas as patologias. Eventual e continuada ampliação do rol das doenças não considera eventuais cura, agravamento, recidivas ou remissão de sintomas. 3- Da institucionalização da isenção (1988) até hoje transcorreram 25 anos. Àquele tempo, a transposição para a inatividade, imperativa e com afastamento obrigatório das atividades, era a conseqüência para os males. Mantida a densidade de significado ("ratio legis") para justificar a isenção, que sempre foi o "fato objetivo da moléstia grave em si" e a idéia genérica do incremento de custos para continuidade da vida (perda/redução da capacidade contributiva), abrem-se novas situações: contribuintes conseguem manter-se, em certos casos, em pleno potencial profissional, auferindo proventos de aposentados (rendimentos da inatividade) e, até, valores decorrentes de vínculos ulteriores (rendimentos da atividade). 4- Inimaginável um contribuinte "sadio para fins de rendimentos ativos" e, simultaneamente, "doente quanto a proventos". Inconcebível tal dicotomia, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico (saúde integral). Normas jurídicas não nascem para causar estupor. 5- O só conviver com a patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida, alça novos vínculos empregatícios ao grau de terapêutica afeto-social (de higiene mental) e reforço do sentido de existir: tributação seria desestímulo sem justa razão. 6- Cabe ao interprete da norma legal extrair da sua objetividade normativa o seu alcance social, não significando, tal, ampliação dos seus destinatários e/ou os casos de sua incidência (PRIMEIRA REGIÃO. TRF1. 4ª Seção. Embargos Infringentes n. 2009.33.00.009545-1/BA, Numeração Única: 0009540-86.2009.4.01.3300, relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, E-DJF1, disponibilização dia 07/02/2013 e publicação dia 08/02/2013).

Soluções dessa natureza não são passíveis de serem obtidas extrajudicialmente, já que tanto a Administração Pública quanto os órgãos de controle são jungidos ao princípio da legalidade, não sendo possível, salvo por decisão judicial, afastar a constitucionalidade de normas legais vigentes.

Constata-se, pois, que as possibilidades de atuação extrajudicial são mais limitadas que aquelas conferidas à atuação do Judiciário, inexistindo plena equivalência entre um e outro caminho – de modo que, a depender do fundamento da demanda social apresentada, a via judicial se apresenta como único caminho possível.¹²³

Essa constatação não afasta, porém, o significativo peso da atuação não judicial, até mesmo pela razão de que, em regra, ao se falar de demandas sociais, cuida-se de dar concreção a direitos já previstos, o que implica aplicar o texto normativo vigente e não afastar-lhe a validade – e nessas situações a

¹²³ Além disso, há formas indiretas de tutela de direitos sociais que somente podem ser buscadas pela via judicial. É o caso do combate à corrupção – que indiretamente resulta em maiores recursos disponíveis ao Estado para a consecução de suas obrigações prestacionais positivas –, combate esse que se perfectibiliza sobretudo pela via da discussão judicial de responsabilidades.

abordagem extrajudicial tem o condão de trazer resultados equivalentes, e não raro mais efetivos, do que a via judicial.

Por certo, sob o viés de imprimir concreção a direitos já positivados,¹²⁴ a abordagem extrajudicial em muitos casos não apenas se revela suficiente para trazer, por si só, resultados exitosos, como tem condições de fazê-lo de maneira mais célere e por vezes mais ampla do que se a solução fosse buscada judicialmente – quadro esse que justifica que essa abordagem receba uma atenção mais destacada no debate da implementação dos direitos sociais.

Nesse cenário, as soluções extrajudiciais se colocam como caminho alternativo, paralelo e complementar à via judicial, em regra trilhado previamente, contribuindo para minorar o acúmulo de feitos no Poder Judiciário e atuando com o mesmo propósito de implementação de direitos.

Não se desconhece que parte dos problemas afetos à judicialização da política – como a falta de isonomia que decorre da contemplação dos casos individuais em detrimento de terceiros em situação análoga – pode ser resolvida pelo ajuizamento de ações coletivas aptas a permitir o enfrentamento conglobado do acesso a direitos.

No campo judicial, a propósito, esse seria o caminho natural e ideal em matéria de direitos sociais, na medida em que possivelmente levaria a uma postura de maior autocontenção judicial, já que evidenciaria melhor os impactos negativos do ativismo.

Há inclusive estudos que apontam nesse sentido, de priorização da tutela judicial coletiva, com mecanismos de restrição do interesse de agir individual na busca judicial por direitos sociais.¹²⁵

Como vimos, porém, mesmo o processo judicial coletivo ainda é pautado por uma lógica comutativa típica da contraposição de interesses individuais, não absorvendo adequadamente questões que afetam múltiplos interesses.

¹²⁴ Veremos no estudo de casos que por meio da abordagem extrajudicial é possível obter, pela via do diálogo interinstitucional, mesmo a implementação de políticas públicas que pressuponham edição de novos textos legais. Os exemplos encontrados, entretanto, não representaram verdadeira inovação normativa, mas apenas a concreção, em nível local, de diretrizes já traçadas pelo legislador constituinte ou como norma geral federal.

¹²⁵ Vide, por todos, o estudo de MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

De maneira diversa, a abordagem extrajudicial não se pauta por ótica beligerante e sim por postura cooperativa, mudando a própria lógica do relacionamento entre as partes envolvidas, que deixa de ser de embate ou resistência e passa a ter cunho propositivo.

Ademais, no campo judicial, mesmo em ações coletivas, a intervenção se dá de forma impositiva, de modo que a solução alcançada nem sempre leva em conta as dificuldades e especificidades operacionais e financeiras do destinatário da ordem, o que não ocorre na abordagem extrajudicial, em que as soluções são construídas em conjunto e com a anuência do próprio gestor – minorando o impacto em sua capacidade de planejamento e evitando, no caso de interlocuções junto ao Executivo, máculas à Separação de Poderes.

Para além disso, o sistema judicial admite plúrimas rediscussões em sede recursal, muitas vezes com perdas de efetividade e invariavelmente com déficit de celeridade.

Há informes estatísticos diversos que atestam essa morosidade da via judicial.

A título ilustrativo, a consulta, junto ao portal do Conselho Nacional de Justiça,¹²⁶ ao tempo médio dos processos no Tribunal Regional Federal da Terceira Região¹²⁷ (que engloba os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul) aponta para o seguinte panorama no ano de 2015: tempo médio de 2 anos e 5 meses para a tramitação do processo de conhecimento em primeiro grau e de 3 anos e 10 meses em segundo grau.¹²⁸

Não bastasse a expressividade dos prazos indicados, o que ainda se tem é que em grande parte dos feitos a conclusão do processo de conhecimento é insuficiente, impondo-se em momento subsequente a fase de cumprimento do quanto decidido. Colhendo-se as estatísticas do mesmo tribunal

¹²⁶ Disponível em http://paineis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14.06.2017.

¹²⁷ Doravante referido tribunal será identificado pela sigla “TRF3”.

¹²⁸ Já nos Juizados esse tempo médio é de 2 anos e 1 mês (processo de conhecimento em primeiro grau), sendo de 2 anos e 4 meses nas turmas recursais (segundo grau) – o que indica que, ao contrário do que se pensa, a via dos Juizados não é tão mais célere do que a via ordinária, a despeito da oralidade e da simplificação procedimental vigente nos Juizados.

(TRF3) no mesmo período (2015), observa-se que o tempo médio indicado para execuções judiciais em Varas Federais é de 5 anos e 5 meses.¹²⁹

Dados como esses demonstram uma percepção que é intuitiva, a de que é demasiadamente lenta a tramitação dos processos judiciais, cenário este que se mantém atualmente a despeito dos inegáveis esforços empreendidos no sentido de agilizar a prestação jurisdicional – seja no campo da melhoria da infraestrutura de pessoal e de soluções de informática, seja no campo das reformas processuais.

Não obstante não tenham sido localizados dados estatísticos que atestem tempo de tramitação relativamente a procedimentos extrajudiciais – em curso, por exemplo, no âmbito do Ministério Público –, a análise empírica de diversos casos exitosos nessa seara, a ser empreendida oportunamente neste trabalho, aponta para a percepção de que o tempo transcorrido desde o início do enfrentamento de determinado problema – por meio de tratativas e diálogo com as partes envolvidas – até sua efetiva solução é substancialmente inferior ao tempo necessário para que o Judiciário apresente solução para questões análogas que lhe são apresentadas e as execute.¹³⁰

O fato é que as soluções construídas conjuntamente por meio do consenso, exatamente por contemplarem de maneira mais acurada as alternativas viáveis à luz das possibilidades da parte compromissária, tendem a gerar maior aceitação e durabilidade, evitando rediscussões e permitindo que se alcancem em menor tempo formas efetivas de resolução do problema apresentado.

Além disso, muitas vezes é do próprio interesse das partes a solução extrajudicial mais célere, em razão do desgaste de tempo e de dinheiro – ou mesmo de imagem – muitas vezes inerente à tramitação do processo judicial.

¹²⁹ A despeito da impropriedade técnica de se chamar de “execução judicial” a fase de cumprimento de sentença – dado que com o advento do processo sincrético não se fala mais em execução nesses casos –, o fato é que a leitura do relatório “Justiça em Números” do CNJ demonstra que, na produção dos dados estatísticos, a expressão “execução judicial” foi utilizada de maneira a abarcar a fase de cumprimento de sentença.

¹³⁰ Não se nega que a comparação é imprecisa, até porque nas citadas estatísticas do CNJ estão englobados processos de naturezas diversas e não apenas ações coletivas. De todo modo, no campo da tutela coletiva a exposição de casos indicará uma série de situações em que resultados foram alcançados de maneira definitiva em prazo significativamente inferior à média empiricamente observável na tramitação de processos judiciais versando sobre questões análogas.

De outro lado, a atuação extrajudicial se dá eminentemente em pleitos sociais *coletivamente* considerados – diferentemente do caminho judicial, em que os pleitos individuais são a regra.¹³¹

Esse enfoque coletivo contribui para que, no diálogo estabelecido junto ao interlocutor responsável pela implementação dos direitos debatidos (em regra o poder público), haja maior predisposição à busca por soluções efetivas.

Sob esse viés, o apelo da argumentação jurídica, aliado ao manejo de instrumentos como a ampla publicidade da atuação – ensejando muitas vezes controle popular da política pública –, tem permitido uma interlocução proveitosa com o administrador, ensejando mudanças espontâneas e rápidas de práticas administrativas (e por vezes até da legislação),¹³² de maneira a trazer nítidos impactos positivos no acesso a direitos sociais.

Esse foco na tutela coletiva diminui ainda o possível efeito não isonômico, já que no debate supraindividual é levada em conta a realidade correspondente aos possíveis beneficiários da norma como um todo, e não situações circunscritas a interesses específicos.¹³³

É interessante reconhecer, por outra via, que a potencialidade dessa atuação resolutive no campo não judicial não deixa de ser influenciada pela postura adotada pelo Judiciário em casos análogos aos debatidos extrajudicialmente.¹³⁴

¹³¹ Conforme já mencionamos anteriormente, pesquisa disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça em matéria de litígios envolvendo o direito à saúde indica que há nesse campo significativa predominância da litigância individual (ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni [coord.]. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em 07.11.2017). No mesmo sentido as conclusões alcançadas pelo Tribunal de Contas da União em extenso enfrentamento do tema da judicialização da saúde (Acórdão 1787/2017 – Plenário).

¹³² Veremos exemplo dessa possibilidade no estudo de casos.

¹³³ Não se nega a possibilidade de tutela extrajudicial de direitos sociais também a título individual, mas não se trata do enfoque usualmente adotado nesse campo, até porque, dentre os atores vocacionados à tutela desses direitos, apenas a Defensoria Pública tem legitimação ordinária para a defesa de direitos individuais e em hipóteses tais normalmente há judicialização das demandas. No caso do Ministério Público, apenas é possível a defesa de direitos individuais quando indisponíveis, o que representa hipóteses excepcionais. Em matéria de direitos de cidadania, aliás, a lei complementar nº 75/93 (que traz o estatuto do Ministério Público da União) expressamente veda, em seu art. 15, a defesa de direitos individuais. Além disso, a lógica de atuação consensual tende a ser mais frutífera e efetiva, no campo dos direitos sociais, quando discutidos sob o viés coletivo, havendo maior resistência ao atendimento não judicial de pleitos relativos a situações particularizadas – daí a discussão de direitos sociais individuais se dar mais no campo judicial.

¹³⁴ Mark Tushnet chama a atenção para esse efeito *extra partes* da decisão judicial no direito norte-americano, possibilitando a reverberação de tratativas extrajudiciais a partir do paradigma

Para além da possibilidade de que o entendimento firmado pela jurisprudência sirva como convencimento para que questão análoga seja solucionada no mesmo sentido no campo extrajudicial, leva-se ainda em conta, na predisposição a anuir com a construção de caminhos consensuais, a possibilidade de que a judicialização da questão traga não apenas maiores dispêndios de tempo e dinheiro à discussão, mas também menor margem de participação na construção da solução a ser adotada.

Nesse contexto, o caminho extrajudicial se apresenta muitas vezes, ao gestor público, como saída para escapar dos incômodos do caráter impositivo do ativismo judicial.

Claro que é possível ao gestor ainda insistir na via judicial em razão da possibilidade de que no específico caso concreto a questão seja julgada a seu favor, ainda que apenas nas instâncias inicial ou intermediária – o que não é raro num sistema como o nosso, ainda muito aberto à admissibilidade de decisões descompassadas com o entendimento dominante.

Também pode se valer da via judicial como estratégia para a protelação da solução do problema, esperando que o efetivo dispêndio de gasto público recaia apenas na gestão seguinte.

Uma tal postura, contudo, tem sido cada vez menos frequente, notadamente quando a solução buscada extrajudicialmente pelo órgão de controle é acompanhada de ampla publicidade¹³⁵ – nos exatos moldes do quanto feito pelo *ombudsman* em ordenamentos estrangeiros¹³⁶ –, já que a participação popular direta torna mais explícito o interesse social em discussão e aumenta, por consequência, o ônus político em decisões contrárias ao interesse público primário.

julgado: “(...) a simples afirmação, por um tribunal, que alguém tem um direito – em si apenas uma vitória ideológica – pode facilmente ser tomada, pelo público ou por advogados progressistas e seus aliados, como uma vitória completa” (*Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 141. Original: “(...) the simple statement by a court that someone has a right – in itself only an ideological victory – can too easily be taken, by the public if not by progressive lawyers and their allies, as a complete victory”, tradução nossa). Embora essa observação faça mais sentido num sistema com vinculação de precedentes, como o vigente nos Estados Unidos, ela não deixa de ser também aplicável, ainda que em menor grau, à realidade brasileira, notadamente se a decisão paradigmática for proferida por tribunais superiores, dado o maior peso que o sistema processual civil, notadamente a partir da nova codificação, vem dando ao papel uniformizador dessas cortes.

¹³⁵ Como veremos quando do estudo dos instrumentos, em certos casos, como na expedição de recomendações e na realização de audiências públicas, a ampla publicidade é insita à natureza da atuação.

¹³⁶ O tema será objeto de enfrentamento no item 6.3 deste estudo.

Exatamente em razão dessa possibilidade de que a atuação extrajudicial seja reforçada pelo apoio público da sociedade – por meio de instrumentos que vão desde audiências públicas até manifestações em ambiente virtual – é que o sucesso dessa via, não obstante possa ser influenciado em certa medida pela postura adotada pelo Judiciário em casos análogos, a rigor independe do entendimento judicial, possuindo eficácia própria a partir de seus próprios instrumentos de atuação.

Não fosse assim, não se justificaria a existência, em variados ordenamentos estrangeiros, de instituições (*ombudsmen*¹³⁷ e *defensores del pueblo*) dotadas de legitimidade para atuação exclusivamente no campo extrajudicial – o que somente se explica a partir do reconhecimento de que os instrumentos de atuação extrajudicial são suficientes para uma intervenção eficiente no campo dos direitos sociais, não sendo necessária a possibilidade (muitas vezes lida como “ameaça”) de judicialização em caso de insucesso na abordagem.

Em verdade, é particularidade brasileira a atribuição de legitimidade processual e extraprocessual a um mesmo grupo de atores – o que não deixa de ser positivo, já que permite trabalhar estrategicamente com a harmonização e a possibilidade de interpenetração das duas vias. Cássio Casagrande reconhece esse fenômeno na realidade da tutela coletiva brasileira ao analisar a atuação do Ministério Público:

*"A existência destes dois instrumentos – ação civil pública e termo de compromisso de ajustamento de conduta – destinados à mesma finalidade (proteção a interesses difusos e coletivos) permite ainda ao Ministério Público a adoção de estratégias de enfrentamento das questões jurídicas que se lhe apresentam. Ou seja, os seus membros podem ajuizar inicialmente uma ação civil pública e, obtendo êxito nesta, convencer as autoridades em casos semelhantes de que a perspectiva em juízo não lhes é favorável. Ou ainda, tendo o membro do Ministério Público dúvida quanto à boa acolhida de uma determinada ação em juízo (que contenha, por exemplo, uma tese inovadora), pode preferir empenhar-se pela celebração de termo de compromisso, ainda que com prazos mais generosos à Administração. Por fim, o termo pode ser utilizado estrategicamente quando, ajuizada uma ação, o Ministério Público consegue obter um provimento liminar e o poder público, na iminência de ser compelido a adotar determinada medida ou a sofrer sanção pela omissão, prefere voltar à mesa de negociações com o Ministério Público".*¹³⁸

¹³⁷ A expressão *ombudsman* será usada quando for feita referência no singular, ao passo que a redação *ombudsmen* será usada nas referências no plural.

¹³⁸ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 274-275.

O fato, porém, é que mesmo num cenário em que ausente a possibilidade de que o *mesmo* órgão responsável pela abordagem extrajudicial leve a questão à discussão judicial, há amplo espaço para atuações efetivas.

Nesse sentido é que se justifica a existência, no ordenamento brasileiro, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão do Ministério Público Federal que possui atribuição exclusivamente extrajudicial, com abrangência em todo o território nacional, o que não impede tenha atuação destacada na implementação de direitos constitucionais sociais.¹³⁹

É possível, pois, chegar extrajudicialmente a soluções juridicamente adequadas independentemente da “ameaça”¹⁴⁰ de levar a questão a juízo, assim como é possível fazê-lo mesmo em questões ainda não enfrentadas pelo Poder Judiciário – acerca das quais, portanto, inexistem precedentes –, ou em pleitos em relação aos quais o Judiciário ainda tenha alguma resistência.

Pesam a favor dessa efetividade da atuação extrajudicial não apenas a força que advém da publicidade muitas vezes inerente às medidas tomadas nesse campo, como também o poder da persuasão argumentativa e a receptividade cada vez maior à racionalidade discursiva.

Quanto a esse último ponto, o que se observa é que o já estudado fomento a soluções consensuais mesmo no âmbito da Administração Pública tem permitido uma maior abertura dos gestores e de seus assessores jurídicos ao diálogo construído sob bases argumentativas.

Claro que a efetividade dessa abordagem pressupõe, por parte do responsável pela implementação dos direitos debatidos, um mínimo de seriedade

¹³⁹ A ausência de legitimação para o ajuizamento de ações judiciais se justifica não apenas pelo fato de que se trata do órgão que reproduz com maior exatidão, no Brasil, o perfil institucional do *ombudsman* (tema ao qual voltaremos no item 6.3.), mas também porque sua esfera de atuação é todo o território nacional e inexistente órgão judicial com competência territorial equivalente para o processamento de ações civis públicas – de modo que, inviabilizada a abordagem extrajudicial, a PFDC não pode postular judicialmente, cingindo-se a encaminhar representação ao órgão competente para avaliar o ajuizamento de eventual ação. A despeito dessa aparente limitação, o papel desempenhado por referido órgão na efetivação de direitos sociais é de enorme magnitude, conforme pode se depreender da análise das práticas divulgadas em seu sítio eletrônico (<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>), algumas das quais serão objeto de exposição no capítulo atinente ao estudo de casos.

¹⁴⁰ As aspas se justificam em razão do fato de que eventual ajuizamento representaria exercício regular de direito, quando não estrito cumprimento de dever legal, não configurando ameaça de qualquer natureza – até porque o autor de uma ação judicial não tem controle sobre o resultado dela decorrente, já que a decisão judicial pode ser num ou noutro sentido conforme a conclusão do Judiciário à luz dos argumentos produzidos por ambas as partes sob o crivo do contraditório.

no enfrentamento do tema,¹⁴¹ o que permite a formação de consensos interpretativos sobre os direitos discutidos.

Estabelecido um consenso entre as partes em negociação sobre o alcance jurídico do direito em questão, resta apenas pensar conjuntamente as medidas concretas passíveis de serem implementadas para a solução de pendências apuradas – e a possibilidade de consideração de eventual necessidade de cunho mais gradativo nessa implementação aumenta a predisposição à celebração de acordos.

Também aumenta essa predisposição o fato de que o ajuste com órgãos responsáveis pela fiscalização aumenta a segurança jurídica do gestor, na medida em que lhe confere maior respaldo quanto à regularidade de sua atuação.

Nota-se, pois, que todo esse modo de atuação produz repercussões práticas evidentes, na medida em que gera soluções que, ao tempo em que prestam-se à concretização jurídica de direitos, não descumram as limitações financeiro-orçamentárias, administrativas e temporais envolvidas para essa consecução, antes considerando-as e a elas se adaptando como forma de permitir resultados mais factíveis e aos quais as partes envolvidas possam aderir com maior grau de comprometimento, na medida em que chamadas a participar ativamente da solução encontrada.

Esse viés cooperativo, ao tempo em que permite que se foque o interesse público primário,¹⁴² relativiza o possível caráter não democrático da atuação¹⁴³ no que concerne a direitos em face do poder público,¹⁴⁴ já que a

¹⁴¹ Sobre a responsabilidade dos representantes do povo em encarar com seriedade os direitos assegurados no ordenamento, notadamente às minorias, sob pena de se perder o respeito à própria ordem jurídica, vale transcrever a análise de Ronald Dworkin: ““(…) a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. (...) os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos. Sem dúvida, esses representantes irão discordar de muitas das reivindicações apresentadas pelas minorias. Isto torna ainda mais importante que eles tomem suas decisões com seriedade. Devem demonstrar que sabem o que são direitos e não devem trapacear quando examinam o conjunto das implicações da doutrina correspondente. O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. (...) Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério” (*Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 314).

¹⁴² Como vimos, tem-se nesse foco no interesse primário (e não no interesse secundário da Administração) uma diferença de postura significativa para com a regra observada nas demandas judiciais em face do poder público, em que a postura processual usualmente adotada pelas advocacias públicas, até pelo espaço mais estreito de autonomia funcional, é de resistir à pretensão apresentada.

¹⁴³ Como vimos ao tratar dos problemas do ativismo, o déficit democrático é uma das principais críticas endereçadas à atuação judicial no campo de políticas públicas sociais.

solução é obtida em conjunto com delegatários do representante eleito (chefe do Executivo), ou com gestores revestidos, eles próprios, de legitimação democrática (caso, por exemplo, de dirigentes de autarquias eleitos, como em universidades públicas e conselhos profissionais).

Para além disso, a atuação extrajudicial passa em regra por um maior protagonismo do cidadão – ou ao menos tem a potencialidade de ensiná-lo –, com a ampliação dos canais de acesso direto e desburocratizado aos órgãos atuantes, o que viabiliza não apenas um controle permanente da atuação por parte da própria população, como também sua maior inserção no debate público.

Esses aspectos delineiam o caráter mais democrático da solução construída extrajudicialmente em cotejo com aquela imposta por meio de decisões judiciais.

Essa maior abertura para a participação democrática decorre em grande medida do fato de que a interlocução com a população interessada é viabilizada de maneira mais direta, sem amarras procedimentais próprias da via judicial – o que não deixa de representar uma relevante forma de reforço da democracia, que não se resume à possibilidade de eleição de representantes, como bem lembra Peter Häberle:

*“(...) a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (...)”.*¹⁴⁵

Instituições atuantes nessa seara assumem desse modo muitas vezes a condição de intermediadoras, na esfera pública, de pleitos sociais, dando voz e peso às manifestações de cidadania da população, junto aos responsáveis pela implementação de direitos sociais. Cuida-se, como se vê, em grande medida de dar condições à sociedade de assumir um maior protagonismo nas deliberações afetas ao interesse público – o que representa a valorização da

¹⁴⁴ Cumpre observar que nem sempre as demandas de direitos sociais são apresentadas em face da Administração, como se verá no capítulo 7.

¹⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 36.

democracia em seu viés participativo. Sobre o ponto, é a seguinte a lição de Anna Candida da Cunha Ferraz:

"(...) as Constituições e as cartas de direitos contemporâneos, bem por reconhecerem a insuficiência do modelo representativo, ao adotarem o princípio democrático no Estado de Direito, ampliam o conceito de cidadão e a extensão do exercício da soberania popular, abrindo um enorme espaço para a produção e a articulação dos interesses coletivos e individuais mediante a participação do cidadão na esfera pública e social e em várias modalidades de atuação da gestão estatal, conferindo-lhe e reconhecendo-lhe o direito de participar, de forma consciente, e de assumir responsabilidades pelos destinos da comunidade".¹⁴⁶

Essa realidade já vem sendo objeto de percepção pela sociedade, tanto que se percebe o crescimento de representações apresentadas a instituições como o Ministério Público, em paralelo com a diminuição de casos novos levados ao Poder Judiciário.

Por certo, a consulta aos dados estatísticos internos ao Ministério Público Federal demonstra progressivo aumento de manifestações recebidas pela Sala de Atendimento ao Cidadão do órgão: 85.628 em 2014, 95.400 em 2015 e 136.459 em 2016.¹⁴⁷

De outro lado, no relatório "Justiça em Números" do ano de 2016 (relativo ao ano base de 2015), consta, relativamente à Justiça Federal, que houve diminuição de cerca de 10% do número de casos novos em relação ao número de casos novos apresentados no ano anterior (2014).

Há pesquisas que evidenciam essa disseminação, no seio da população, da consciência quanto à possibilidade de buscar seus direitos sociais junto a instituições outras que não o Judiciário:

"No marco da instituição mais relevante da representação funcional, o Ministério Público, a pesquisa também pôs em evidência o fato de que essa agência, ao desempenhar suas funções constitucionais nas ações coletivas, não se tem comportado como expropriadora de papéis da sociedade. Verificou-se, ao contrário, uma consistente e emergente presença da sociedade (...) na provocação do Ministério Público. A partir dessas constatações, tem-se uma forte indicação de que a sociedade já começa a perceber nessas novas instituições da

¹⁴⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 81.

¹⁴⁷ Os dados apresentados englobam denúncias e pedidos de informação.

democracia brasileira possibilidades de participação na vida pública e de aquisição de direitos".¹⁴⁸

Vale dizer, a população vem percebendo de maneira crescente a via extrajudicial como mecanismo alternativo válido e satisfatório para a tutela de seus direitos.

Esse movimento pode ser explicado não apenas pela maior celeridade da via extrajudicial, mas também pela ausência de ritos ou exigências formais, bem como pela gratuidade do acesso nesse âmbito independentemente da condição financeira do interessado.

Com efeito, representações de qualquer natureza podem ser levadas ao Ministério Público, por exemplo, de maneira informal, gratuita e sem a intermediação de advogado, por qualquer interessado.

A análise dos dados de atendimento extrajudicial do Ministério Público Federal (MPF) demonstra, a propósito, que tem ganhado cada vez maior espaço a participação da população pela internet – em detrimento do atendimento presencial ou por telefone, também disponíveis –, o que talvez se justifique pela maior facilidade e agilidade desse acesso, que prescinde de maiores trâmites burocráticos e permite que o interessado acompanhe todas as movimentações subsequentes relativamente ao caso levado à apreciação do órgão, bem como apresente manifestações suplementares.

Assim é que, em termos nacionais, no ano de 2016 mais de 78% das denúncias¹⁴⁹ apresentadas por pessoas físicas na Sala de Atendimento ao Cidadão do MPF foram feitas pelo canal disponibilizado na internet, sendo que no ano anterior esse percentual era de 70,4%. Em âmbito regional, nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo, mais de 92% das denúncias apresentadas por pessoas físicas no ano de 2016 foram pela internet.¹⁵⁰

¹⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003, p. 484.

¹⁴⁹ Faz-se uso aqui do termo “denúncias” por ser a expressão usada nos informes estatísticos consultados. Registre-se que o sentido adotado aproxima-se daquele vigente no senso comum da população, não se confundindo com a acepção técnica adotada no direito penal.

¹⁵⁰ De outro lado, em Roraima o atendimento *presencial* ainda respondeu por mais de 63% das denúncias apresentadas por pessoas físicas em 2016, ao passo que no Amapá o atendimento *presencial* correspondeu a mais de 82% das denúncias apresentadas por pessoas físicas em 2016, o que indica que o uso da internet como mecanismo de acesso facilitado a órgãos públicos parece guardar relação com o grau de acesso da população ao serviço em questão,

Esse panorama mostra que a via extrajudicial fornece acesso mais facilitado do cidadão comum à arena pública de discussão de direitos, quando em cotejo com a forma de acesso ao Judiciário – que, por mais ampliado que seja, passa pela submissão a formalismos, ritos processuais e, em grande parte das vezes, custos financeiros,¹⁵¹ bem como é condicionado à aferição de capacidade postulatória (somente havendo *jus postulandi* de quem não ostente a condição de advogado em contextos específicos, como nos Juizados e na esfera trabalhista).

A doutrina tem se atentado para esse papel de instituições vocacionadas à tutela extrajudicial de direitos sociais na reverberação, junto à esfera pública, de demandas sociais:

*“(...) o MP possui o potencial de identificar e vocalizar demandas sociais, de modo a se constituir como um medium entre a sociedade civil — porque compreende sua atuação como de defesa desta — e o Estado — porque está inserido na organização estatal. A partir dos mecanismos e estratégias de atuação desenvolvidos em seu interior, o MP assume a posição singular de uma instituição que se situa dentro e fora do Estado. O arcabouço jurídico--institucional constituído no Brasil permite pensar numa instituição jurídica estatal relevante na efetivação de direitos sociais. Porém, sua proeminência não reside na mera legitimidade racional-legal que lhe foi atribuída, mas, sobretudo, em sua possibilidade de servir como eco das demandas construídas na interface com a sociedade civil. A ideia de instâncias de participação da sociedade civil constitui justamente a perspectiva de uma esfera pública intermediária entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e dos sistemas funcionais, de outro. Ou seja, um verdadeiro meio pelo qual se veiculam demandas e se “oxigenam” as práticas estatais como práticas também sociais”.*¹⁵²

demonstrando que é essencial manter a perene abertura de canais de atendimento presencial e por telefone em localidades com menor disponibilidade de serviço de internet.

¹⁵¹ A concessão de justiça gratuita afasta a existência de custos financeiros mas traz uma exigência formal em substituição, qual seja, a apresentação de declaração de hipossuficiência econômica.

¹⁵² ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*, p. 148-149. No mesmo sentido as considerações de Nelson Rosendal, também sobre o papel do Ministério Público nesse contexto de reverberação de demandas da cidadania: "Destarte, o Ministério Público preenche um espaço público de inclusão social, sobremaneira nos conflitos de caráter difuso e coletivo, no qual poderá dirigir pretensões contra a administração naquelas situações em que ela omite políticas públicas em prol de direitos sociais ou então, quando as políticas públicas descumpram a Constituição. Mesmo que não 'ungida pelo voto popular', a instituição ministerial desempenhará uma atividade suplementar de representação política com vistas ao princípio da igualdade material, permitindo o acesso não apenas formal, mas substancial ao Sistema de Justiça, como ponto para a efetivação dos demais direitos, ensejando a qualquer do povo instrumentos processuais de defesa da cidadania" (O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 147).

A noção de esfera pública, descrita por Asensi na citação anterior, foi propalada a partir sobretudo da obra de Habermas,¹⁵³ e se presta a ilustrar esses espaços de discussão e deliberação em que se interpenetram os sistemas político e jurídico. No específico contexto dos direitos sociais, isso se perfaz pela abertura, à sociedade, de discussões estatais afetas ao interesse público.¹⁵⁴ Marcelo Neves traz explicação do tema enfatizando como a esfera pública é pautada pelo enfrentamento discursivo dos problemas:

*"Habermas refere-se, então, a uma 'esfera pública política', cujo potencial legitimador encontra-se na capacidade de enfrentar problemas discursivamente (isto é, racionalmente orientado para o consenso) e, quando isso não for possível, mediante negociações reguladas por procedimentos".*¹⁵⁵

Nota-se, pois, que a atuação extrajudicial se pauta e se legitima em grande medida pelo potencial modificador da racionalidade discursiva do debate jurídico. Conrado Hübner Mendes descreve bem esse peso da argumentação no diálogo deliberativo de direitos sociais:

*"Postulo, como condição adicional de legitimidade, que as instituições interajam por meio da 'razão pública'. Essa exigência, portanto, se aplica não apenas ao judiciário, ou ao tribunal constitucional especificamente. A demanda argumentativa, numa cultura política preocupada em discutir justificativas por trás de decisões coletivas, se aplica a todas as instituições. A proposta de diálogo institucional, ou de uma separação de poderes deliberativa propõe-se a dar vitalidade às instituições postas da democracia competitiva, fazendo com que o argumento seja um elemento relevante, e não apenas retórico, da competição".*¹⁵⁶

Aspecto outro que merece menção na delimitação dos contornos da via extrajudicial – inclusive em cotejo com a abordagem judicial – liga-se ao ônus político de dadas escolhas em matéria de direitos sociais.

A proposta consensual implica em regra um maior grau de responsabilidade pelas consequências da escolha apresentada, quando em

¹⁵³ Vide, sobre o tema: HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

¹⁵⁴ De acordo com a definição trazida por Marcelo Neves, "Enquanto o povo fecha o sistema político e a Constituição fecha o sistema jurídico, a esfera pública abre ambos os sistemas, ou melhor, é a instância de sua heterolegitimação, pois pressupõe procedimentos políticos e jurídicos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências" (A Constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita et. al. [org.]. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 664).

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 668.

¹⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

contraposição a um cenário em que a definição dessa escolha fica a cargo da autoridade judicial, que a impõe ainda que à revelia das intenções do gestor.

A via judicial, sob essa linha de raciocínio, pode ser usada pelo administrador como forma de se esquivar do ônus político da escolha feita, o que não deixa de representar, em certas situações, uma atitude comodista e em grande medida despreocupada com o interesse público primário propriamente dito, notadamente no que toca ao resguardo do princípio da eficiência:

"A atuação da Administração no processo judicial, no qual tudo é burocrático e lento, deixa-a confortável, tendo em vista que os ditames de transparência e controle estão atendidos, ainda que a solução judicial conspire contra a exigência de eficiência, seja da Administração, seja na forma de resolução da controvérsia. Ao mesmo tempo em que se transfere a questão ao Poder Judiciário, isentando a Administração de maior responsabilidade – pois, afinal, a decisão caberá ao Poder Judiciário – ganha-se também no quesito tempo – pois a demora do Poder Judiciário pode ser estrategicamente benéfica aos interesses da Administração, embora nociva aos interesses da sociedade".¹⁵⁷

Como se verá, contudo, no estudo de casos, a prática tem demonstrado uma cada vez mais frequente superação desse viés descompromissado nas interlocuções com a Administração, que não raras vezes tem deixado de lado a postura protelatória muitas vezes identificada com o caminho judicial, para assumir maior proatividade no esforço de construção de soluções mais rápidas.

A já referida tendência de aceitação de soluções consensuais – reflexo da disseminação de uma cultura de pacificação em detrimento da cultura da sentença – tem seu peso nesse cenário, mas não pode ser olvidado também o fato de que, não obstante a adoção de soluções voluntárias (e não impositivas) implique maior responsabilidade por suas consequências, a própria existência de interlocução extrajudicial com órgãos de controle (como o Ministério Público) pode, por si só, se prestar a minorar o ônus político da escolha com a qual o gestor anuiu.

Em outras palavras, embora em menor grau do que na via judicial, o respaldo extrajudicial por órgãos de controle também pode levar a uma

¹⁵⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público*. Série Pensando o Direito, n. 38. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 77.

diminuição do ônus político de escolhas que possam afetar interesses de grupos específicos.¹⁵⁸ Nesse sentido:

"Também se percebe que em muitas situações a atuação do Ministério Público em relação ao Poder Executivo se dá a partir de um movimento de 'apoio' a políticas públicas que o próprio governo, embora desejoso de as concretizar, encontra dificuldades em implementar, seja em decorrência de questões orçamentárias, seja pelos seus altos custos políticos. Assim, a atuação do Ministério Público serve como instrumento para negociações entre o Estado e a sociedade, ou ainda entre as unidades do sistema federativo (...)".¹⁵⁹

Em razão de todos os apontados elementos facilitadores da abordagem extrajudicial, tem-se observado um progressivo aumento de casos bem-sucedidos nesse campo – como veremos quando da exposição por amostragem de algumas dessas atuações.

Esse sucesso na construção não judicial de soluções para problemas sociais tem gerado uma priorização cada vez maior da abordagem consensual em detrimento da judicialização imediata da questão.¹⁶⁰

Essa priorização, com a qual concordamos, significa que no campo prático se reserve a possibilidade de judicialização, mesmo de ações coletivas, apenas para as situações em que infrutíferas as tentativas de obtenção de solução extrajudicial, ou quando de plano se reputar inviável algum consenso, ou quando inviável qualquer solução possível que não na via judicial – como nos exemplos citados no início deste capítulo, em que o alcance da medida pleiteada passa por juízo de inconstitucionalidade de lei.

A doutrina tem começado a apresentar posicionamentos nesse mesmo sentido, defendendo o acionamento do Judiciário como *ultima ratio*:

¹⁵⁸ É o caso, por exemplo, de recomendações expedidas a Municípios com vistas à adoção, na rede pública de saúde municipal, de controle mais rígido de frequência dos profissionais de saúde, especialmente médicos. Embora a medida tenha enfrentado resistência do funcionalismo público afetado, sua adoção por diversos gestores municipais foi justificada como decorrência da atuação ministerial, a despeito do caráter não impositivo da recomendação.

¹⁵⁹ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 263.

¹⁶⁰ Tem-se aí o reconhecimento da via judicial como apenas um dos caminhos possíveis – e não necessariamente o mais oportuno à luz dos contornos do caso concreto. Tratando da atuação do Ministério Público, Nelson Rosenvald observa, de maneira acertada, que buscar sempre o Judiciário "(...) é mitigar o âmbito de atuação ministerial, eis que a função de estabilização de relações sociais não se efetiva somente perante o Poder Judiciário, mas pela via extrajudicial e autônoma do inquérito civil e termo de ajustamento, resultando em soluções persuasivas e transacionais, alheias ao modelo tradicional: partes/juíz" (O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 146).

"O inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta e a recomendação passaram a constituir um inovador tripé instrumental responsável pelo alcance, na maioria das vezes, da célere e efetiva aplicação da justiça (um dos objetivos do Estado Democrático de Direito), sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário. (...) Ademais, a utilização desses instrumentos extrajudiciais coaduna-se com o perfil de atuação do chamado Ministério Público resolutivo, marcado pela tentativa de se esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas, buscando sempre soluções negociadas e consensuais, deixando em segundo plano a jurisdicionalização de suas atividades (o acionamento do Poder Judiciário como ultima ratio)".¹⁶¹

Esse tipo de postura tem o condão de contribuir para o desafogamento do Judiciário, permitindo que se dedique aos casos mais difíceis.¹⁶²

Além disso, a propagação de soluções extrajudiciais, à medida que se faz conhecida nos mais diversos âmbitos, gera também um efeito replicador – fomentando que outros órgãos busquem abordagens análogas, reproduzindo experiências bem-sucedidas –, prevenindo com isso novos processos, num verdadeiro ciclo virtuoso.

É possível observar, pois, que não apenas as decisões judiciais possuem efeito pedagógico – também as soluções extrajudiciais podem exercer esse papel:

"As Cortes certamente não são as únicas instituições que nos educam sobre nossos direitos fundamentais, e nós poderíamos receber lições decentes mesmo que as Cortes tivessem um papel bem mais reduzido".¹⁶³

Para além do efeito preventivo de processos, em determinados casos o simples acompanhamento da questão por parte do órgão de controle já

¹⁶¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 825.

¹⁶² No âmbito da tutela coletiva do trabalho essa priorização da solução extrajudicial já é uma realidade observável. Por certo, a consulta a dados estatísticos do Ministério Público do Trabalho indica que no ano de 2015 foram celebrados 21579 termos de ajustamento de conduta e expedidas 3003 recomendações em todo o território nacional, ao passo que as ações ajuizadas foram 17477. Esses dados demonstram que, nessa esfera, o número de soluções extrajudiciais é maior do que aquelas buscadas judicialmente (fonte: <http://portal.mpt.mp.br/MPTransparencia/pages/portal/estudosEstatisticos.xhtml#>. Acesso em 26.09.2017).

¹⁶³ "The courts are surely not the only institutions that educate us about our fundamental rights, and we might get a decent education even if the courts played a much smaller role" (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 168, tradução nossa).

gera um efeito inibidor de irregularidades, não raro incutindo no administrador um maior zelo na condução da política pública, o que reforça a apontada pertinência de que, em matéria de direitos sociais, sejam esgotadas as tentativas de acompanhamento e solução extrajudicial dos problemas encontrados, antes de se dar início à discussão judicial:

"Na verdade, o membro do Ministério Público, com atuação na esfera da cidadania, efetivamente torna-se fiscal da Administração Pública. (...) Não só diversos desvios financeiros de recursos públicos foram revertidos ou impedidos. A ciência da possibilidade da atuação do Ministério Público, pelos agentes públicos, passou a funcionar como meio preventivo contra novos atos lesivos ao erário. Acredita-se que por meio do Ministério Público, possibilita-se a implementação de mais um sistema de controle popular da Administração Pública, que pode bastante eficiente. Não se pode perder de vista, aqui, que o objetivo primordial do Ministério Público deve ser o aprofundamento da democracia. Logo, cabe à Instituição a busca de soluções para as demandas por progresso social. Por outro lado, creio que o Poder Judiciário é a última solução para os conflitos sociais. Antes de se recorrer a ele, é de rigor que sejam esgotados todos os meios para a solução do problema".¹⁶⁴

A efetiva consolidação desse cenário passa pela assunção, pelos órgãos atuantes na tutela de direitos sociais, de uma postura mais resolutiva, compromissada com a solução do problema social em si e não com a alimentação do sistema judicial, nem com a finalização meramente estatística de autos extrajudiciais, sem solução efetiva ao problema de fundo.

Nelson Rosenvald descreve bem essa nova postura esperada dos órgãos de controle, notadamente do Ministério Público:

"Outrossim, forja-se um Ministério Público menos demandista e mais resolutivo, com expressiva atuação na área extrajudicial de interesses metaindividuais. Ao invés de pura e simplesmente levantar demandas ao Poder Judiciário, de cariz tradicionalmente conservador na solução de tais matérias, o Promotor de Justiça utilizará suas atribuições para participar ativamente do processo democrático. Pelos canais do inquérito civil, procedimento administrativo e termo de ajustamento, graves problemas sociais recebem enfrentamento e solução célere e efetiva, tanto na seara preventiva como na repressiva. O Ministério Público supera o viés processual e formalista, laborando não mais como parceiro recorrente do Poder Judiciário, mas irmanado com a sociedade, na efetivação de uma ordem social mais justa".¹⁶⁵

¹⁶⁴ PACCAGNELLA, Luíz Henrique. Controle da Administração pelo Ministério Público: meio de aprofundamento da democracia. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 188.

¹⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 151.

Essa postura, como veremos, felizmente tem se espalhado na prática desses órgãos, até mesmo em razão da percepção de que em muitos casos a solução construída extrajudicialmente se revela mais adequada aos contornos do caso concreto, além de ensejar maior comprometimento por parte do responsável.

Daí terem ganhado maior preeminência, na atividade dos atores estatais com atribuição nesse campo, instrumentos de solução extrajudicial como o compromisso de ajuste de conduta:

"O ajuste de conduta representa, inclusive, uma nova forma de gerenciamento e controle de determinados conflitos sociais, resultando numa maior eficácia das normas jurídicas. (...) O ajuste de conduta é integrante de uma nova engenharia jurídica. Uma engenharia que dedica um espaço todo especial à formulação normativa negocial (...)".¹⁶⁶

Impõe-se, pois, estudar que instrumentos são esses, e quais são os atores legitimados à sua utilização no sistema positivo brasileiro.

É o que faremos no próximo capítulo.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre a negociação de medidas compensatórias em termo de ajustamento de conduta. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 627.

6. A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ATORES ESTATAIS

Como vimos no item 4.1., encontra-se em formação no direito pátrio um sistema multiportas de solução de conflitos, inspirado no modelo norte-americano, pelo qual a noção de acesso à ordem jurídica justa deve implicar a disponibilização de vias variadas de solução de conflitos.

O caminho extrajudicial se coloca assim como uma grande arena a reunir diversos mecanismos – genericamente nominados como alternativos – aptos a absorver conflitos represados.

E são variados os atores atuantes nessa arena quando se trata de direitos sociais.¹⁶⁷

Falaremos neste capítulo dos atores estatais, especificando seus limites e possibilidades de atuação a partir dos instrumentos jurídicos já disponibilizados pelo ordenamento brasileiro.

O capítulo subsequente cuidará de expor o papel de atores privados nesse campo.

6.1. A indisponibilidade do interesse público e a negociabilidade de direitos sociais

Considerando que o tema enfrentado neste estudo toca com a negociabilidade de direitos sociais – em regra envolvendo tratativas junto ao poder público –, convém discorrer um pouco sobre eventuais limites à negociação quando em discussão direito material de natureza indisponível – caso dos direitos

¹⁶⁷ A exposição que ora se faz da possibilidade de manejo de mecanismos não adjudicativos de enfrentamento de direitos sociais por parte de atores variados não representa ideia nova (não obstante somente mais recentemente seja observável como realidade efetivamente posta). Já em 1988 Kazuo Watanabe apontava para a possibilidade de que meios alternativos de solução de conflitos fossem organizados fora do Judiciário: "Incumbe ao Estado organizar todos esses meios alternativos de solução dos conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, Procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até de entidades privadas (v.g., sindicatos, comunidades de bairros, associações civis)" (Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 133).

coletivos – e quando a própria legitimação do sujeito extraprocessual for limitada quanto à possibilidade de disposição de direitos – caso dos atos a cargo da Fazenda Pública.

Em hipóteses tais, o tema dos limites da disponibilidade torna-se mais delicado em razão do fato de que a indisponibilidade poderá se fazer subjacente tanto ao objeto da negociação (o que ocorre com os direitos coletivos) quanto a um ou mais dos sujeitos envolvidos (o que ocorre com a Fazenda Pública).

A questão que se coloca é: há possibilidade de autocomposição em matéria de direitos indisponíveis?

Embora a abordagem tradicionalmente vigente no direito brasileiro tenha sido inicialmente refratária a essa possibilidade – até mesmo porque em termos lógicos não se pode dispor daquilo que é considerado indisponível –, é inequívoca a evolução do entendimento acerca do tema, no sentido da redefinição conceitual da noção de indisponibilidade. Nesse sentido:

"A incerteza sobre a extensão do conceito de indisponibilidade do bem público dificulta a tomada de decisões administrativas inovadoras, especialmente no que diz respeito à adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos. Ainda há muita resistência na incorporação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos que envolvem o Poder Público. Essa resistência, todavia, pode ser superável através de uma releitura do conceito de indisponibilidade do interesse público, pois a adoção de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos pode ser sinônimo de tutela adequada ao interesse público, ao passo que ainda pode importar em menores gastos e maior efetividade na solução do problema".¹⁶⁸

Por certo, a nota de indisponibilidade de um direito ou interesse não implica necessariamente sua inegociabilidade.¹⁶⁹

Pelo contrário, por vezes a negociação e a disposição sobre a forma de implementação de um direito é justamente o que viabiliza a consecução do interesse público correspondente.¹⁷⁰ A questão está em identificar exatamente

¹⁶⁸ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público. Série Pensando o Direito, n. 38. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 75.

¹⁶⁹ Para um maior aprofundamento sobre o tema, vide o texto de Elton Venturi, Transação de direitos indisponíveis, *in* Hermes Zaneti Jr. *et. al.*, *Justiça multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*, p. 405-429.

¹⁷⁰ "(...) não se pode confundir indisponibilidade do interesse público com disponibilidade de direito patrimonial. Por vezes, a disposição do direito patrimonial implica exatamente a concretização do interesse público" (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 219).

onde está o interesse público (primário) – que não se confunde com o interesse da Administração (interesse público secundário).¹⁷¹

Além disso, como bem coloca Eduardo Talamini, se a própria Administração reconhecer a existência de direito alheio, por consequência não há que falar em interesse seu afetado, com o que inexistirá verdadeira disposição de interesse público:

“As constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público não afetam outra diretriz fundamental da atuação pública: a Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o *dever* de submeter-se aos parâmetros da legalidade. Em regra, tal submissão independe da instauração de processo judicial. (...) Isso é decorrência direta do princípio constitucional da legalidade (...). Concerne, ainda, à imposição de que a Administração Pública paute suas condutas de acordo com o princípio da boa-fé. (...) Se a Administração constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível. Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público (...) tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, ‘abrindo mão’, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que falar em interesse público”.¹⁷²

Nesse contexto, não se aceita mais que a Administração possa se valer do escudo da indisponibilidade do interesse público como subterfúgio para se furtar à satisfação de direitos dos cidadãos, até porque é dever dela própria fazer valer a legalidade do ordenamento.

É lícito, pois, ao representante da Fazenda Pública celebrar negócios voltados à satisfação do interesse público primário em discussão – o que não representará verdadeira disposição do interesse público secundário, já que o atendimento ao princípio da legalidade, bem como aos demais princípios e direitos constitucionais, é dever da Administração.¹⁷³

¹⁷¹ Em sentido similar são as ponderações de Eduardo Talamini: “Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar *quando há* interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: ‘de que lado está’ o interesse público. O interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 42, n. 264, fev. 2017, p. 106-107).

¹⁷² *Op. cit.*, p. 85-86.

¹⁷³ Maurício Morais Tonin indica inclusive que a expansão de práticas conciliativas no âmbito da Administração é desejável: “Assim, a utilização dos meios alternativos surge como necessidade

No âmbito federal já existe previsão de conciliação pela Advocacia Geral da União desde pelo menos 2007, quando o Ato Regimental AGU nº 5/2007 criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, então regulamentada pela Portaria AGU nº 1281/2007, que foi sucedida por outros atos normativos até o advento do Decreto nº 7.392/2010, que previu, dentre outras atribuições, a possibilidade de solução conciliatória para conflitos judicializados, bem como de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

O Programa Centrais de Negociação, implementado no âmbito da Advocacia-Geral da União, propõe, na Administração Pública Federal, a busca criativa por soluções alternativas juridicamente válidas, como forma de responder, pelo caminho da conciliação, à explosão de litigiosidade hoje existente.¹⁷⁴

A prática reflete a já vista mudança de postura que vem perpassando todo o sistema jurídico, no sentido de estimular soluções consensuais mesmo em questões que envolvam a Administração Pública, o que não representa mácula à indisponibilidade do direito titularizado pela Administração.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015) veio consagrar esse cenário, ao prever, em seu art. 174, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, incluindo, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Em junho de 2015 sobreveio, ainda em âmbito federal, a Lei nº 13.140, que regulamentou a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, reforçando a possibilidade de criação, nos órgãos da advocacia pública dos entes federados, de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

A prática vem sendo replicada em outras esferas, como ilustra a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei complementar

para ajudar a equacionar a crise da Justiça e de justiça. Por conta disso, é possível defender que a Administração Pública não só pode, como deve, buscar solução dos conflitos também de forma alternativa ao processo judicial no Poder Judiciário" (*Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 31).

¹⁷⁴ Maiores detalhes no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//centrais-de-negociacao-da-procuradoria-geral-da-uniao-20150508172456151405>.

estadual nº 1270/2015, de São Paulo), que prevê a existência de Câmara de Conciliação da Administração Estadual no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. Além disso, o artigo 23, II, “e” de referido diploma diz competir à Assistência de Políticas Públicas do órgão a atribuição de opinar sobre a celebração de acordos em ações coletivas que versem sobre políticas públicas e sobre a formalização de termos de ajustamento de conduta no âmbito de inquéritos civis.

Em sentido análogo, a lei estadual do Rio Grande do Sul nº 14.794, de 17.12.2015, instituiu o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, integrado ao Sistema de Advocacia do Estado.

Registre-se, a propósito, que grande parte das leis de regência das advocacias públicas prevê a participação de seus membros – ainda que sob a forma de pareceres jurídicos – em acordos celebrados pela Administração – deixando clara, pois, a possibilidade desses acordos.

Mais recentemente tem havido inclusive ampliação da autonomia nesse campo. Nesse sentido, por exemplo, vide artigo 38-A da lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado de Goiás (lei complementar estadual nº 58/2006, de Goiás), que confere a todos os procuradores do Estado a possibilidade de conciliar e transigir em demandas até dado limite de valor.

Como se nota, verifica-se nítido movimento de valorização do papel passível de ser desempenhado pela advocacia pública na efetivação de soluções consensuais que evitem a judicialização de conflitos envolvendo o poder público (ou permitam, por meio de soluções autocompositivas, o encerramento de processos em curso) – sistemática esta que inevitavelmente terminará por abarcar direitos de cunho social, seja quando pleiteados a título individual, seja quando buscados coletivamente.

De outro lado, é também plenamente lícito ao ente legitimado à tutela coletiva negociar direitos coletivos – inclusive em âmbitos, como o direito ambiental, em que mais evidente a nota de indisponibilidade –, tendo sempre como finalidade precípua o atendimento ao interesse público primário subjacente à discussão (direito da coletividade, no caso).

A possibilidade de celebração de ajustes por entes legitimados para a tutela coletiva é, aliás, há muito tida como ínsita ao microsistema processual coletivo (notadamente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que alterou a lei de ação civil pública nesse ponto, para prever expressamente a possibilidade de compromissos de ajustamento de conduta), tanto que o fomento à adoção de soluções consensuais tem se feito cada vez mais presente nessa seara (vide, por exemplo, resoluções nº 118/2014 e 164/2017, bem como recomendação nº 54/2017, todas do CNMP).

No que toca à celebração extrajudicial de soluções consensuais sobre aspectos atinentes a direitos materialmente indisponíveis, é a seguinte a lição da doutrina:

"(...) mesmo os litígios que envolvam direitos materialmente indisponíveis, quer dizer, direitos que devam ser satisfeitos ou reparados de forma integral, podem ser resolvidos por meio de técnicas consensuais, desde que, em relação a tais direitos não haja necessidade da intervenção judicial. A conclusão a que se chega é que a natureza material indisponível do direito não interfere no juízo da admissibilidade do uso de técnicas consensuais, embora restrinja, de forma inegável, os resultados possíveis de serem obtidos, uma vez que não poderá haver renúncia ao direito material".¹⁷⁵

O que não se admite, pois, em matéria de direitos indisponíveis, são disposições que venham no sentido de minorar o alcance desses direitos ou mesmo inibir sua aplicabilidade.

A resposta, portanto, ao questionamento apresentado no início deste tópico é evidentemente afirmativa: é sim possível a autocomposição¹⁷⁶ em matéria de direitos indisponíveis, conclusão que tem se consolidado cada vez mais não apenas como reflexo da evolução do conceito de indisponibilidade, mas também por força do já discutido caminho evolutivo por que vem passando o direito brasileiro como um todo, no sentido da valorização de soluções consensuais.

¹⁷⁵ MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 60.

¹⁷⁶ "(...) autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio. Assim, causas que envolvem a Administração Pública, em regra, comportam autocomposição (...)" (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 42, n. 264, fev. 2017, p. 103).

No campo dos direitos indisponíveis, essa tendência de admissão da negociabilidade tem se feito observar nos mais variados ramos do ordenamento.

Na seara do direito administrativo, por exemplo, a noção de administração pública consensual e dialógica vem aos poucos ganhando não apenas o respaldo da doutrina,¹⁷⁷ como maior embasamento normativo¹⁷⁸ – não obstante mereça o cuidado do aplicador do direito no sentido de não representar o esvaziamento dos mecanismos de transparência e controle, nem a fuga ao regime de direito público.

Exemplo dessa tendência está na admissibilidade da arbitragem na Administração, superando a limitação legal existente na redação original do art. 1º da lei nº 9.307/1996, que previa o uso da arbitragem apenas para direitos disponíveis, sem ressalvar a possibilidade de seu uso pela Administração. Posteriormente referido dispositivo foi modificado pela lei 13.129/2015, para passar a prever a possibilidade de uso do instituto pela Administração, no que toca a direitos patrimoniais disponíveis por ela titularizados.¹⁷⁹

Fala-se hoje em relativização do princípio da supremacia do interesse público – a ser ponderado em face de outros princípios¹⁸⁰ – bem como prioriza-se a adoção de práticas voltadas a uma maior eficiência administrativa, dentre as quais avulta a celebração de ajustes de ordem diversa,¹⁸¹ em nítida

¹⁷⁷ Vide, sobre o tema, OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104: 303-322, jan./dez. 2009.

¹⁷⁸ Ilustrativa desse cenário é a lei 13.019/2014, que regulamenta parcerias entre a Administração Pública e a sociedade civil.

¹⁷⁹ Com a modificação legislativa passou a haver compatibilidade com diversos diplomas legais que, ao tratar sobre contratos administrativos de concessão, já admitiam o uso da arbitragem por entes da Administração: art. 43, X, lei 9.478/1997; art. 35, XVI, lei 10.233/2001; art. 11, III, lei 11.079/2004; art. 23-A, lei 8.987/1995. Também houve compatibilização com o entendimento seguido pelos tribunais, valendo citar aqui acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se lê que “Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público (...)” (REsp 904813, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011).

¹⁸⁰ Vide, sobre o tema, o artigo de Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, in BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-94.

¹⁸¹ Há muito é admitida a prática da celebração de acordos variados com órgãos de fiscalização, como termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público – o que representa, como veremos, um dos principais instrumentos de atuação extrajudicial disponibilizados pelo ordenamento para que se faça observar o atendimento, pela Administração, de direitos sociais.

superação da ideia de que há indisponibilidade absoluta do interesse titularizado pela Administração.

Também no direito tributário são há muito aceitos acordos de parcelamento – ainda que com contornos trazidos em lei –, pelos quais o contribuinte consegue, junto a representantes fazendários, o perdão de multas e juros, o que não deixa de representar disposição da coisa pública.

No campo processual civil, desde o advento do novo CPC tem sido possível negociar regras relativas ao próprio rito processual (negócios jurídicos processuais) – inclusive quando a questão de fundo discutida versar sobre direitos coletivos –, não obstante a lição tradicional seja no sentido de classificar o direito processual como tendo natureza de direito público.¹⁸²

Já no âmbito trabalhista vem sendo reconhecida a existência de direitos de disponibilidade relativa, de maneira a viabilizar acordos mesmo a título individual – o que não deixa de representar certa superação da visão tradicional dos direitos trabalhistas como indisponíveis.¹⁸³

Até mesmo no direito penal – em que as notas de indisponibilidade e de ordem pública sempre se fizeram presentes com maior rigor – vem sendo progressivamente aceita, não apenas na doutrina mas especialmente na prática jurisprudencial (como se vê diariamente nos noticiários mais recentes), o uso de acordos.

O que inicialmente era adstrito a crimes de menor potencial ofensivo (transação penal) agora espraia-se, por meio dos acordos de colaboração premiada, para crimes de qualquer natureza, notadamente aqueles cometidos no âmbito de organizações criminosas.¹⁸⁴

¹⁸² Sobre negócios processuais por parte da Fazenda Pública, vide BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017. De outro lado, sobre negócios processuais em matéria de direitos coletivos, vide CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 709-725.

¹⁸³ Cite-se, como exemplo, a alteração trazida pela lei nº 13.467/2017 ao artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a permitir alterações da jornada de trabalho por acordo individual.

¹⁸⁴ A tendência é de que essa admissibilidade seja reconhecida no plano legislativo também para a esfera da improbidade administrativa, como demonstra a medida provisória nº 703, de 2015, que havia alterado a lei de improbidade administrativa para afastar a vedação de acordos nesse âmbito (vigência encerrada).

Trata-se de influência – tardia até, diga-se de passagem – da experiência exitosa adotada em ordenamentos estrangeiros acerca do tema, notadamente nos Estados Unidos, em que o instituto do *plea bargain* torna ampla e abrangente a possibilidade de transacionar em matéria criminal.

Todo esse movimento, a abarcar ramos diversos do sistema jurídico, reflete a compreensão de que a negociação de direitos indisponíveis não representa disposição do interesse público em si, mas sim forma de buscar justamente o atendimento, no maior grau possível, desse interesse público:

"A consensualidade administrativa não implica em disponibilidade do interesse público. (...) Os acordos administrativos consistem em efetivos instrumentos de satisfação da finalidade pública (...). Ora, um mecanismo de satisfação do interesse público não pode ser compreendido como um ato de disposição do interesse público".¹⁸⁵

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de enfrentar o tema já no ano de 2002, no julgamento do RE nº 253.885, ocasião em que a Primeira Turma consignou a possibilidade de transação pelo poder público, indicando que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.

Pode-se dizer, pois, que se encontra suficientemente amadurecida, no direito pátrio, a possibilidade de negociação mesmo em matéria de direitos marcados, em maior ou menor grau, pela nota da indisponibilidade.

Deve-se atentar, porém, em acordos e soluções consensuais versando sobre direitos indisponíveis, para a necessidade de resguardo de um adequado controle tanto da validade dos acordos formulados quanto da legitimidade dos atores neles envolvidos.

Sobre a validade em si dos acordos, sua análise se pauta, como dito acima, sobretudo pela aferição do atendimento do interesse público envolvido – demandando ainda a eventual verificação do cumprimento de requisitos de forma porventura presentes.

¹⁸⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 162-163.

Trataremos sobre esses possíveis pressupostos formais das soluções consensuais ao discorrermos mais à frente sobre os instrumentos de atuação extrajudicial, e retomaremos a questão do controle da validade dos ajustes ao abordarmos, em tópico próprio, os mecanismos de controle incidentes como um todo na via extrajudicial.

Quanto à legitimidade dos atores envolvidos, trata-se de tema ao qual dedicaremos maior atenção no tópico que segue.

6.2. A pluralidade de agentes no direito positivo brasileiro e o diálogo interinstitucional

São variados os atores estatais que o direito brasileiro reveste do poder-dever de promover medidas que impactam direta ou indiretamente a efetivação de direitos sociais no campo não judicial.

Fala-se em poder-dever pelo fato de que são dotados de instrumentos que lhes conferem possibilidades de atuação não acessíveis à generalidade dos órgãos públicos, nem tampouco à esfera privada – o que configura, pois, parcela de exercício do poder estatal –, ao mesmo tempo em que o desempenho de suas atribuições configura *munus* público do qual têm o dever de se desincumbir sempre que se depararem com situações que se amoldem ao seu espectro de atribuições.

Considerando que nos interessam aqui os principais atores atuantes na tutela coletiva extrajudicial de direitos sociais, cabe inicialmente pontuar que todos os legitimados públicos à propositura de ação civil pública podem, em princípio, atuar extrajudicialmente na defesa dos mesmos direitos tuteláveis por referida ação judicial.¹⁸⁶

¹⁸⁶ O artigo 5º da lei de ação civil pública atribui legitimidade para ajuizamento de ações civis públicas ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a entes da Administração Pública direta e indireta, bem como, sob certas condições (constituição há pelo menos um ano e pertinência temática), a associações privadas, mas seu § 6º restringe a possibilidade de colher compromissos aos legitimados públicos (afastando, pois, a possibilidade de que associações privadas o façam). De todo modo, no capítulo seguinte, ao discorrermos sobre a atuação de agentes privados na seara dos direitos sociais, daremos algum destaque ao papel passível de ser exercido por associações nesse campo.

Na prática, a grande maioria das atuações nesse campo se dá por iniciativa do Ministério Público, mas a Defensoria Pública mais recentemente tem progressivamente buscado ocupar também maior espaço na tutela coletiva de direitos sociais.

De maneira mais reflexa, há ainda outros órgãos munidos de instrumentais que podem impactar, no exercício regular de suas atribuições, a efetivação de direitos sociais.

Referimo-nos a órgãos atuantes de alguma maneira no controle da Administração – o que lhes permite inserção no controle de serviços e políticas públicas que impactem a fruição de direitos sociais. São eles: advocacias públicas,¹⁸⁷ Tribunais de Contas, controladorias e agências reguladoras.

É de certo modo, pois, limitado o rol de atores públicos legitimados a empreender encaminhamentos extrajudiciais conclusivos em matéria de direitos sociais, mas é amplo seu campo de influência, notadamente quando se somam suas respectivas atuações em prol de objetivos comuns.

Dentre esses atores, aquele cujo plexo de atribuições, estrutura e instrumental mais o vocaciona à atuação em defesa de direitos sociais no campo extrajudicial é o Ministério Público, de modo que é natural que a maior parte das soluções exitosas, como veremos no estudo de casos, provenha desse órgão.

Trata-se de instituição dotada de múltiplas finalidades,¹⁸⁸ totalmente reformulada a partir do texto constitucional de 1988 para tornar-se o principal

¹⁸⁷ Referimo-nos especificamente às advocacias públicas pelo fato de que o foco do estudo é o enfrentamento extrajudicial de direitos sociais em termos eminentemente *jurídicos*. O fato, porém, é que há instrumentos passíveis de adoção na via extrajudicial pelo próprio gestor público – vale dizer, pela Administração em si, independentemente da intermediação do respectivo órgão de consultoria jurídica. Assim é que, como veremos mais à frente, é possível verificar a realização de audiências públicas diretamente pelo Executivo, bem como a assinatura de TACs por PROCONs (que podem assumir natureza fundacional, como no Estado de São Paulo; autárquica, como no Maranhão; ou mesmo integrar a própria Administração direta, como ocorre no Estado de Goiás). Entendemos, porém, que as tratativas com a Administração em matéria de direitos sociais se revelam mais eficazes quando o gestor conta com assessoramento jurídico próprio. Assim é que, no presente estudo, será colocado o papel da advocacia pública, e não do Executivo, no manejo de instrumentos de enfrentamento de direitos sociais, por reputarmos mais adequado que as soluções obtidas nesse campo pela Administração sejam respaldadas sempre pelo assessoramento do respectivo corpo de advogados públicos.

¹⁸⁸ Hugo Nigro Mazzilli traz abrangente descrição do plexo de atribuições da instituição ministerial: "O Ministério Público moderno está encarregado de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, e também os individuais, se indisponíveis. Para isso, dispõe dos seguintes instrumentos de atuação funcional: a) ação penal pública (para processar os criminosos); b) inquérito civil (para investigar lesões ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público e social, e a outros interesses metaindividuais); c) ação civil pública (para a responsabilização civil de causadores de danos a interesses da coletividade); d) funções de

agente do microsistema de tutela coletiva (o qual é formado notadamente pela lei de ação civil pública e pelo código de defesa do consumidor, com disposições que complementam os termos de diplomas afetos a outras áreas, como a ambiental).

Após um foco inicial na discussão judicial de direitos sociais¹⁸⁹ e muita discussão acerca dos limites da legitimação da instituição ministerial para a tutela coletiva desses direitos, consolidou-se com o tempo a legitimidade da atuação ministerial na defesa de direitos transindividuais (aqui referidos como sociais).¹⁹⁰

Com o tempo foram sendo reconhecidos os ganhos decorrentes da atuação fora dos limites do processo judicial, que passou a ser fomentada, num processo de contínua reformulação do perfil da instituição, de modo a priorizar a atuação em áreas que permitam um melhor atingimento das finalidades institucionais constitucionalmente traçadas.¹⁹¹

ombudsman (para ouvir reclamações, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição)" (*O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89).

¹⁸⁹ A regra no período pós 88 era atuação ministerial essencialmente demandista. Nas palavras de Marcelo Pedroso Goulart, "No campo da defesa dos interesses coletivos e difusos, essa visão processual restringe os procedimentos administrativos e inquéritos civis a instrumentos de coleta das provas necessárias ao embasamento das ações civis públicas. O Ministério Público transfere para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário. O resultado disso é desastroso, pois o Judiciário, em regra, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes. Esse Ministério Público demandista é o que hoje prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania no mundo globalizado. Ao invés de um Ministério Público demandista, faz-se necessário um Ministério Público resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional" (*Missão institucional do Ministério Público. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2001, p. 28).

¹⁹⁰ Cumpre observar que a absorção de atribuições no campo dos interesses transindividuais não implicou o afastamento ou a diminuição das atribuições ministeriais no campo criminal, assim como a ocupação de espaços extrajudiciais não afastou referida instituição do campo judicial. Cabe transcrever aqui, dado seu caráter didático, a descrição que Hugo Nigro Mazzilli faz do variado plexo de atribuições do Ministério Público brasileiro: "Enfim, ao contribuir para a distribuição da Justiça, o Ministério Público exerce suas tarefas ora junto ao Poder Judiciário, ora em atividades extrajudiciais. Assim, o Ministério Público atua tanto na área preventiva – para pacificação social e composição extrajudicial de conflitos –, como na fase posterior à violação da lei, o que geralmente se dá na sua atuação judicial. Nesta última fase, ele atua em juízo ora como órgão autor, ora como órgão interveniente, quer provocando a atuação jurisdicional, quer intervindo quando da prestação jurisdicional em matérias que digam respeito a interesses sociais ou a interesses individuais indisponíveis. Em todas suas atividades o Ministério Público sempre atua na defesa do interesse público primário, em busca de relevantes valores democráticos, em especial assegurando o acesso dos lesados à prestação jurisdicional e à Justiça. Somente a um governo democrático pode convir um Ministério Público forte, mas independente, porque só assim poderá efetivamente combater o descumprimento à lei, parta de onde partir, até mesmo – e não raro – dos próprios governantes" (*Op. cit.*, p. 62-63).

¹⁹¹ Dispõe o artigo 127 do texto constitucional que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim é que, no âmbito judicial, passou-se a priorizar, na esfera cível, a atuação do órgão como agente em detrimento da mera intervenção como fiscal da lei,¹⁹² e no campo extrajudicial passou-se a fomentar a atuação autocompositiva (resolução CNMP nº 118/2014) e resolutiva (resolução CNMP nº 54/2017).

A partir dessa evolução do perfil institucional do Ministério Público brasileiro, concordamos com Cássio Casagrande quando pondera:

*"Mais do que uma porta de entrada ao sistema judicial, o Ministério Público se transformou em uma porta de acesso à participação política da cidadania organizada, que através dele pode encaminhar suas demandas sociais para solução pelo sistema político".*¹⁹³

A doutrina vem reconhecendo o peso que a atuação extrajudicial do Ministério Público vem progressivamente ganhando – o que será ilustrado pelo estudo de casos que trataremos no item 6.6. desta exposição. Nas palavras de Asensi:

*"O estabelecimento de estratégias extrajudiciais — tais como o Termo de Ajustamento de Conduta, recomendações, inquéritos civis ou, até mesmo, a intervenção verbal por meio de um simples telefonema — tem evidenciado que a atuação do MP de forma judicial é apenas a ponta do iceberg do potencial que possui para a efetivação de direitos".*¹⁹⁴

Sandoval Alves da Silva descreve com percuciência esse espectro de atuação possível do Ministério Público no âmbito de direitos sociais, por meio do uso legítimo, e ponderado por razões discursivas juridicamente fundamentadas, de instrumentos variados:

"(...) o Ministério Público é um poder constituído com legitimidade substancial e procedimental conferida pela autonomia constitucional com representação político-funcional pela defesa das demandas sociais para dirigir o diálogo institucional com atores públicos e privados no processo de concretização dos direitos prestacionais. O órgão ministerial conta, para isso, com instrumentos inquisitivos que permitem iniciar, provocar, reiniciar e forçar o diálogo em rodadas procedimentais para que se alcance a última palavra provisória, com base em

¹⁹² A tendência é, pois, de alinhamento com o perfil institucional observado em outros ordenamentos. Segundo a pesquisa de Marcelo Zenkner, "(...) o membro do Ministério Público norte-americano não exerce a função de interveniente, ainda prevista no sistema jurídico brasileiro. Por outro lado, como no Brasil, cabe à instituição o ajuizamento de ações para, por exemplo, obrigar o poluidor a cessar a poluição (...). Da mesma forma, pode atuar na defesa dos interesses dos consumidores, judicial ou extrajudicialmente, e das pessoas portadoras de deficiência (...)" (*Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89).

¹⁹³ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 272.

¹⁹⁴ ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*, p. 185.

*acordos deliberativos, persuasivos e fundamentados que encerram uma etapa de especificação e de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais”.*¹⁹⁵

O fato é que o espaço que vem sendo ocupado pelo Ministério Público na tutela não judicial de direitos sociais é amplo o suficiente para absorver também a atuação de outros atores, movimento este que é tão mais intenso quanto mais problemáticas ou deficitárias forem as atuações dos Poderes Legislativo e Judiciário.¹⁹⁶

Assim é que a Defensoria Pública também vem ganhando espaço no campo não judicial, notadamente a partir da remodelação que com o tempo foi sendo feita em seu perfil institucional.

Inicialmente incumbida da orientação jurídica e da defesa dos necessitados (redação original do artigo 134 da Constituição de 1988), com atuação em demandas individuais, posteriormente passou a ser incumbida da promoção dos direitos humanos e da defesa, judicial e extrajudicial, de direitos individuais e coletivos, de necessitados (redação dada ao mesmo art. 134 pela emenda constitucional nº 80/2014).

Tratou-se de mudança constitucional que veio coroar mudanças já implementadas anteriormente no plano infraconstitucional: em 2007 foi alterada a lei de ação civil pública para incluir a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos, e em 2009 foi alterada a lei complementar 80/94 (que organiza a Defensoria Pública da União e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados), para estabelecer que, entre suas funções institucionais, está a promoção *prioritariamente* extrajudicial dos litígios.¹⁹⁷

¹⁹⁵ *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327.

¹⁹⁶ A doutrina vem chamando atenção para esse aspecto: “O certo é que, entre os déficit parlamentar e judicial, abre-se espaço para a concretização constitucional extraprocessual por meio do diálogo institucional, em especial, para o Ministério Público, cuja função constitucional é proteger o regime democrático, a ordem jurídico e os direitos e interesses coletivos, sociais e individuais indisponíveis, além de zelar pelo respeito aos poderes e serviços de relevância pública que garantem os direitos previstos na Constituição” (SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 167).

¹⁹⁷ “E note-se que a via extrajudicial não constitui simplesmente prerrogativa do Defensor Público, mas ‘função institucional da Defensoria Pública’, o que implica o poder/dever de utilização pelo Defensor Público. De fato, ele deve, sempre que possível e viável, orientar e assistir as partes nos caminhos da mediação, da conciliação, da arbitragem e meios afins” (SILVA, Péricles Batista. *A Defensoria Pública na passagem do século XX ao XXI: da atuação judicial individual para a atuação coletiva, interdisciplinar e extrajudicial*. In: *Livro de teses e práticas exitosas: XI Congresso Nacional de Defensores Públicos, Defensoria Pública e seus novos desafios*, p. 102).

O espectro de atuação da Defensoria Pública, nesse passo, ampliou-se significativamente – a despeito de ainda ser mais restrito do que o do Ministério Público, dada a necessidade de que os direitos discutidos pela Defensoria sejam afetos a pessoas vulneráveis¹⁹⁸ –, o que tem viabilizado atuações significativas na tutela coletiva extrajudicial de pleitos sociais, como se perceberá quando do estudo de casos.

Tem havido para a Defensoria Pública, nesse contexto, a defesa de atuação extrajudicial resolutiva análoga à propugnada para o Ministério Público, reforçando-se também no seu campo de atuação a diretriz de deixar a via judicial como estratégia secundária de enfrentamento (o que, no caso da Defensoria, justifica-se ainda pela existência de previsão legal nesse sentido, como visto):

*“O judiciário é lento. A sua morosidade é uma realidade. A implantação de soluções extrajudiciais de conflitos é palpitante e necessária. O Defensor Público dispõe de diversos instrumentos céleres e eficazes para a solução de conflitos, os quais devem ser utilizados com primazia e responsabilidade, dentre eles os ofícios, as requisições, as notificações, as audiências públicas, as audiências de conciliação e os núcleos, instrumentos esses não disponibilizados aos advogados. O simples ajuizamento de uma ação judicial, por si só, não resolve o problema. Na verdade, transfere o litígio para o judiciário. Em razão disso, o Defensor deve assumir a responsabilidade e procurar resolver a pendenga, sendo o ajuizamento de qualquer ação judicial a ultima ratio, a última decisão a ser tomada, salvo quando a atuação judicial for imprescindível à tutela do direito do assistido, a exemplo da ação de interdição, curatela, tutela etc. Por tudo isso, impõe-se a primazia da colocação de meios não judiciais de solução de conflitos à disposição do Defensor Público”.*¹⁹⁹

No campo não judicial sua estratégia de atuação também se pauta pelo diálogo junto às partes envolvidas, colocando em bases jurídicas pleitos sociais.²⁰⁰

¹⁹⁸ Mais recentemente tem surgido a defesa da ampliação da noção de vulnerabilidade dos grupos tuteláveis pela Defensoria para abarcar mais do que o sentido meramente econômico ou financeiro da palavra, o que representa a defesa da ampliação do espectro de atuação do órgão. Esse entendimento, contudo, ainda não se encontra suficientemente desenvolvido nem tampouco consolidado, ainda predominando, até pela dicção constitucional vigente, que a atuação é adstrita à tutela de grupos financeiramente necessitados.

¹⁹⁹ LOBO, Júlio Cesar Matias. A atuação do Defensor Público à luz da Administração Gerencial Pública do século XXI. In: ROCHA, Amélia et. al. (org.). *Defensoria Pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças Editora, 2013, p. 254. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO.pdf>. Acesso em 26.09.2017.

²⁰⁰ Felipe Dutra Asensi chama a atenção para o ponto de contato dessa atuação com a do Ministério Público, colocando que refletem uma juridicização de conflitos, em detrimento de sua judicialização: “Considerando que a estratégia privilegiada do MP é o diálogo (...), podemos observar que as relações sociais podem sofrer muito mais uma juridicização (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré -processuais pelo MP) do que uma judicialização (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual). Na medida em

Com isso é possível enxergar também na Defensoria Pública – não obstante sua mais limitada esfera de atuação – uma nova conformação que em certa medida se aproxima daquela vista quanto ao Ministério Público, no sentido de traduzir uma via de reverberação dos pleitos sociais na esfera pública:

*“Imprescindível, pois, a participação do Defensor Público em audiências públicas, congressos, seminários, reuniões, palestras em escolas, liceus, comunidades, associações e programas de rádio local e comunitária. Impõe-se, também, a organização de projetos envolvendo a comunidade, tais como Defensor Público na Praça e nos Distritos, paternidade responsável e tantos outros já realizados com pertinência temática. Em suma, o Defensor Público deve ser um ator social e não um mero coadjuvante no processo de transformação social”.*²⁰¹

Passando às advocacias públicas, é possível vislumbrar algum espaço para sua atuação extrajudicial em matéria de direitos sociais no que toca às unidades que atuam na esfera consultiva da Administração, vale dizer, no assessoramento jurídico que deve acompanhar a formulação e a execução de políticas públicas.

Por meio, pois, de pareceres ou do acompanhamento dos gestores em reuniões e audiências públicas, é possível ao advogado público atuar no sentido de facilitar a obtenção de solução consensual, a partir da identificação e da acomodação do interesse público primário subjacente à questão social discutida.

Nota-se, pois, que o espectro de atuação aqui é mais restrito, o que não afasta o peso que uma orientação jurídica bem fundamentada pode ter no convencimento do gestor quanto à viabilidade de soluções extrajudiciais propugnadas por outros atores.

O papel da advocacia pública, nesse contexto, ainda que em sentido diverso daquele exercido por Ministério Público e Defensoria Pública – já que se trata, em essência, da defesa de interesses do Estado e não da população – pode se revelar essencial para a compatibilização dos interesses público primário e secundário e, conseqüentemente, para o êxito da abordagem extrajudicial.

que há diversas instituições jurídicas (MP, Defensoria Pública etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa -se um contexto que em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita -se levar o conflito ao Judiciário, isto é, evita-se a judicialização do conflito” (*Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*, p. 96).

²⁰¹ LOBO, Júlio Cesar Matias. A atuação do Defensor Público à luz da Administração Gerencial Pública do século XXI. In: ROCHA, Amélia et. al. (org.). *Defensoria Pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças Editora, 2013, p. 267. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO.pdf>. Acesso em 26.09.2017.

No que toca aos Tribunais de Contas, têm constitucionalmente a atribuição de promover, como órgão auxiliar do Legislativo no controle externo da Administração, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes estatais, avaliando aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade.

Como se nota, o controle aqui não é apenas jurídico, viabilizando-se a aferição da própria legitimidade – inclusive sob os pontos de vista técnico e econômico-financeiro – de determinada política pública.

Esse perfil de atuação tem amplo impacto potencial em políticas públicas sociais, que são avaliadas como um todo pelos Tribunais de Contas, os quais assumem, nesse contexto, a condição de influir na continuidade ou não de dadas práticas estatais em matéria de direitos sociais. Assim é que alguns autores já vêm falando em uma verdadeira função social do controle externo exercido pelas Cortes de Contas:

*“A plena eficácia da fiscalização das contas públicas se dá com a observância da função social do controle externo, oportunidade em que os trabalhos também são dedicados à medição dos resultados sociais dos programas de governo, com a verificação da necessária interdependência entre a aplicação de recursos públicos e a melhoria das condições de vida da população”.*²⁰²

Como veremos novamente no item 6.4.5., os instrumentos conferidos aos Tribunais de Contas para o bom exercício de suas atribuições são distintos e até mais incisivos do que aqueles disponibilizados a outros atores.

Há aqui, por exemplo, a possibilidade de aplicação de multas ou de imposição de débitos, mediante decisões que consubstanciam títulos executivos extrajudiciais, bem como a possibilidade de aplicação de sanções outras variadas – aspectos que aproximam a atuação desses órgãos com aquela própria da autoridade judicial, com a diferença de que aqui não há a inércia judicial e há menor formalismo procedimental.²⁰³

²⁰² SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

²⁰³ Ricardo Schneider Rodrigues descreve bem o leque de possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas, defendendo que em conjunto permitem um controle de políticas públicas melhor do que aquele realizado pelo Judiciário: “As Cortes de Contas têm a vocação para o controle de políticas públicas muito mais acentuada do que o Poder Judiciário e a análise que fazem, em certos aspectos, traz muitas vantagens, como a celeridade do procedimento, a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público (art. 70, parágrafo único, da CR/88; art. 113 da Lei 8.666/93; e 93 do Decreto-Lei 200/67); a capacidade de criar título executivo a partir de seus julgados de que resultem imputação do débito e multa (art. 72, § 3º, da CR/88); a imposição de sanções graves como a multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, da

Ademais, é possível a esses órgãos o controle de políticas públicas sob o aspecto técnico, mediante o suporte de profissionais capacitados, o que em regra não se vislumbra no controle judicial de políticas públicas, que recebe críticas em razão justamente da falta de conhecimento para avaliação dos aspectos técnicos (e não propriamente jurídicos) dos direitos envolvidos.²⁰⁴

Daí os estudiosos de sua atuação – que se dá, como sabido, exclusivamente no campo não judicial – defenderem-na como mais adequada do que aquela realizada pelo Judiciário no que toca ao controle de políticas públicas, já que subsidiada em elementos vários, que não apenas o aspecto jurídico da questão, o que permite compreensão e avaliação mais global dos contornos das práticas estatais:

*"(...) os Tribunais de Contas detêm, em relação ao Judiciário, maiores condições de analisar a chamada macro-justiça, posto que sua atuação, via de regra, já se pauta pelo controle global da administração e não apenas, de demandas individuais ou de grupos específicos. As Cortes de Contas detêm as informações relativas ao orçamento e à execução financeira bem como às prestações de contas dos gestores públicos. Além disso, como vimos, possuem instrumentos sem paralelo no Judiciário como o das auditorias operacionais, que permitem controlar políticas públicas sob diversos enfoques e com a amplitude necessária. Dessarte, as eventuais interferências das Cortes de Contas em relação aos atos praticados pela administração têm uma probabilidade maior de evitar as distorções que podem ser provocadas pelo Judiciário ao atuar em diversas demandas individuais e pulverizadas por diversos juízos (...)"*²⁰⁵

CR/88), declaração de inidoneidade do licitante fraudador de licitação por até cinco anos (art. 46 da Lei 8.443/92), a inabilitação de cinco a oito anos para ocupar cargo em comissão ou função pública (art. 60 da Lei 8.443/92); além dos efeitos decorrentes do julgamento pela irregularidade de contas, sujeitos ao reconhecimento da inelegibilidade do gestor por até oito anos (art. 1º, inc. I, alínea "g", da LC 64/90 com redação pela Lei 135/10)" (O controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. In: SILVA, Jéssica A. C. da; ERHARDT JÚNIOR, Marcos [coord.]. *Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais*: homenagem a Andreas Krell. Curitiba: Juruá, 2014, p. 190).

²⁰⁴ "Nesse contexto, os Tribunais de Contas, órgãos técnicos por excelência, cuja *expertise* recai justamente sobre o controle da administração pública, dispõem de instrumentos e profissionais, via de regra, capacitados para demonstrar a existência ou não, de um consenso técnico e indicar se determinada política pública escolhida era tecnicamente inviável para atingir determinada finalidade ou manifestamente ineficiente. É dizer, ultrapassado o fundamento relacionado à norma jurídica ou ao atendimento da legalidade, é possível ainda avançar no controle para verificar a existência de um juízo consistente de certo/errado contra decisões do poder público, com fundamento técnico-científico" (RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Op. cit.*, p. 191).

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 193. Segundo o autor, o papel desempenhado pelo Judiciário em relação a políticas públicas sociais não é de efetivo controle, não obstante traga evidentes impactos na execução da política em questão: "(...) o Poder Judiciário não se detém a respeito do valor de aquisição do medicamento nem se haveria outras formas de tratar determinada doença, mais adequadas ao planejamento da saúde pública. A atuação judicial, embora influencie em políticas públicas, é, em verdade, mero reconhecimento do direito subjetivo público do beneficiário à saúde ou à educação. Não há propriamente um controle sobre a política pública educacional ou de saúde" (RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Idem*, p. 194-195)

Importa reconhecer, contudo, que a forma de atuação de Tribunais de Contas é nitidamente diversa daquela empreendida por outros atores no campo não judicial (notadamente por Ministério Público e Defensoria Pública), no ponto em que não se pauta por abordagem consensual – aproximando-se em verdade, muitas vezes, da lógica de funcionamento da via judicial, com seu sistema de recursos e preclusões.

Não obstante essa particularidade, o fato é que não se trata de órgão judicial, o que justifica seja mencionado no presente estudo, dada a potencialidade de que, pelo exercício de suas atribuições, impacte a eficácia de direitos sociais em âmbito alheio ao Judiciário.

No que toca aos órgãos de controle interno (normalmente nominados como controladorias), sua atuação é similar à das Cortes de Contas – no sentido de não limitar a avaliação de políticas públicas ao aspecto jurídico – mas contam com instrumental e estrutura mais restritos, além de serem dotados de menor autonomia para atuação, dado que se trata de órgãos inseridos na própria estrutura da Administração.

De todo modo, sua atuação pode se revestir de enorme relevância para a adequada consecução de políticas públicas em matérias sociais – no sentido de fiscalizar sua execução e trazer balizas orientadoras para a atuação administrativa –, razão pela qual merece também menção.

Por fim, importa referir o papel passível de ser exercido por agências reguladoras no sentido de normatizar, orientar e fiscalizar a adequada prestação de serviços de relevância pública por atores privados.

Embora a atuação aqui muitas vezes não se pautem por abordagem consensual – o que não significa que essa abordagem seja vedada a essas entidades –,²⁰⁶ pelo exercício de suas atribuições podem afetar diretamente a extensão e a forma de efetivação de direitos sociais no campo não judicial, o que, por si só, justifica algum espaço para sua exposição no presente estudo.

Em conjunto, todos esses atores estatais, cada qual em sua respectiva esfera de atribuições, têm condições de promover medidas no campo extrajudicial que impactem a efetivação de direitos sociais.

²⁰⁶ Veremos oportunamente que às agências reguladoras é possível a celebração de termos de ajustamento de conduta com agentes econômicos atuantes no setor respectivamente regulado, e que inclusive tem havido iniciativas nesse sentido, com impactos significativos na conformação dos serviços prestados pelos agentes regulados.

Cumpra registrar que é variável o peso ou a influência de cada ator no campo dos direitos sociais, até porque distintos os respectivos leques de atribuições, sendo que nenhum deles é voltado exclusivamente à tutela de direitos sociais, abraçando, ao invés, também atribuições que tocam com direitos de outras naturezas.

De outro lado, as respectivas atuações são muitas vezes complementares quando se trata de direitos sociais, até porque, assim como inexitem soluções definitivas nesse campo, também não é possível que atores isolados resolvam a integralidade dos problemas sociais. Nesse sentido:

“(...) o grau de indefinição e os padrões utilizados nesses direitos não se compatibilizam com a suposta virtude da resolução definitiva, revelando a aptidão para a resolução por meio de processos dialógicos e por outros atores constitucionais incumbidos de protegê-los”.²⁰⁷

Do mesmo modo, portanto, como o Judiciário não consegue dar vazão a todos os pleitos envolvendo direitos sociais – não consegue sozinho se desincumbir do ônus de suprir a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação de direitos prestacionais –, tampouco há condições para que outros órgãos estatais busquem assumir sozinhos a imensa responsabilidade de trabalhar extrajudicialmente a efetivação de direitos sociais.

As atuações dos variados atores, nesse contexto, não apenas não são incompatíveis entre si²⁰⁸ como se somam em prol da satisfação de mais direitos, o que tende a se revelar tão mais frutífero quanto mais concertadas as respectivas abordagens e medidas.

Assim é que se justifica a defesa de que instituições diversas, atuantes em maior ou menor grau no mesmo campo dos direitos sociais, não apenas tenham o cuidado de promover ações não colidentes entre si, como busquem o estabelecimento de pontes e parcerias, somando esforços em prol da satisfação de objetivos comuns.

²⁰⁷ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 148.

²⁰⁸ Não se nega a possibilidade de que haja ações colidentes entre si, fruto de interpretações distintas e da autonomia entre órgãos diversos – o que também ocorre na via judicial. Apenas o que se coloca é que, se comuns as finalidades almejadas, nada impede que mais de um órgão atue extrajudicialmente pela efetivação de um mesmo direito, nos limites das respectivas esferas de atribuição e mediante os instrumentos respectivamente disponíveis para cada qual. Inexiste, pois, no campo extrajudicial, a lógica da litispendência vigente na via judicial, que impõe a centralização das discussões afetas a um mesmo direito em um mesmo juízo.

Os ganhos oriundos do diálogo interinstitucional em matéria de direitos sociais são enormes: viabiliza-se uma uniformidade de entendimento que a um só tempo aumenta o peso da persuasão argumentativa e confere maior segurança ao responsável pela efetivação dos direitos – no sentido de conhecer o posicionamento de distintos órgãos de controle –, bem como permite-se a utilização conjunta de instrumentais e aparatos estruturais (incluindo desde bancos de dados até quadros de pessoal com formações distintas), o que aumenta significativamente a possibilidade de êxito.

Mais do que isso, o diálogo entre instituições se revela saudável para a própria construção de entendimentos e para a replicação de experiências positivas. Conrado Hubner Mendes destaca a importância do diálogo interinstitucional em termos que ilustram bem o ponto que ora se quer sustentar:

*“A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de melhor de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime. Implanta uma pressão por consistência”.*²⁰⁹

Defende-se, pois, que os atores atuantes na seara da tutela não judicial de direitos sociais assumam posturas resolutivas – evitando, no caso daqueles dotados de capacidade postulatória, como Ministério Público e Defensoria Pública, a judicialização prematura ou desnecessária das questões

²⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204. Em verdade o autor amplia o argumento do diálogo interinstitucional para defendê-lo a partir da noção de rodadas procedimentais e últimas palavras provisórias, defendendo interlocuções responsivas entre Judiciário e Legislativo na deliberação democrática sobre direitos sociais. Reforça, com isso, a noção já exposta neste estudo de que inexitem respostas definitivas em matéria de direitos sociais, os quais encontram-se em perene evolução. Para o autor, a última palavra do Judiciário nesse campo pode ser revista por nova discussão que traga nova palavra final, ainda que no Legislativo, nada impedindo novas e sucessivas revisões num diálogo saudável entre os Poderes. Em suas palavras: “A última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for ‘mais democrática’, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for ‘mais democrática’, dificilmente será derrotada por muito tempo. A última palavra, portanto, é apenas parte da história, não toda ela” (*Op. cit.*, p. 182-183).

apreciadas —²¹⁰ e busquem ainda, tanto quanto possível, atuações concertadas entre si.

A atuação coordenada pode se dar ainda entre representantes de um mesmo órgão em esferas distintas — por exemplo, entre membros de diferentes ramos do Ministério Público, cada qual nos limites de suas respectivas atribuições.

Essa postura cooperativa tende a potencializar as ações implementadas por cada um dos atores, contribuindo para minorar eventuais déficits de estrutura ou de pessoal, ao tempo em que reforça, como um todo, a legitimidade de suas intervenções no campo não judicial.

É importante notar, por fim, como já adiantado acima, que nem todos os agentes estatais dotados de inserção no debate de direitos sociais têm atuação pautada pela lógica da abordagem consensual sobre a qual discorreremos em tópicos precedentes.

Por certo, essa lógica não se aplica no caso de tribunais de contas e controladorias internas — e se aplica de maneira mais limitada no caso de agências reguladoras —, dado que nesses casos há órgãos que de certo modo exercem verdadeiro poder de polícia, de maneira que possuem maior margem para fazer valer seus respectivos posicionamentos, independentemente do exercício do papel de convencimento daqueles afetados por suas medidas.

Ainda assim esses atores merecem menção no presente estudo em razão dos seguintes aspectos: sua atuação se dá no campo não judicial, pode se

²¹⁰ A diferenciação entre atuações resolutivas e demandistas difundiu-se a partir das lições de Marcelo Pedroso Goulart, ao tratar do Ministério Público. Sua descrição da postura resolutiva alinha-se ao que ora se propugna, inclusive no sentido da busca de redes e parcerias com outros órgãos atuantes na mesma seara: "Na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. Para tal, deve politizar e desjurisdicionar a sua atuação, ou seja, o Ministério Público deve: transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da sociedade civil planetária; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação)" (Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2001, p. 29).

revelar resolutive por si só, tem o potencial de trazer impactos significativos na efetivação de direitos sociais, é sujeita a questionamentos na via judicial e se submete ao ônus de ser fundamentada em termos jurídicos.

São muitos, pois, os pontos de contato com a atuação extrajudicial dos demais atores, o que permite sejam todos esses órgãos abordados de maneira conjunta num estudo sobre a efetivação não judicial de direitos sociais – não obstante as óbvias diferenças de conformação de cada qual.

Essa abordagem conjunta presta-se a ilustrar a amplitude do tema quando analisado de maneira a abarcar todas as principais atuações estatais possíveis na via não judicial, sem traduzir a pretensão de aprofundar o perfil de atuação deste ou daquele órgão.

O fato, porém, é que optamos por dar destaque neste estudo ao peso da abordagem propriamente consensual na efetivação extrajudicial de direitos sociais – abordagem esta que pauta a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e, no pólo oposto, da advocacia pública em sua interlocução não judicial com os dois primeiros.

E isso se deu em grande medida em razão do fato de que o estudo de casos permitiu concluir que os exemplos mais ilustrativos de implementação não judicial bem-sucedida de direitos sociais se inserem como decorrência de atuações propositivas de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Vale dizer, há potencialidade de atuação efetiva no espectro de atribuições de todos os órgãos listados, e sempre que possível serão referidas essas possibilidades, mas os casos concretos tidos como mais representativos do peso que pode ter uma atuação estatal resolutive no campo não judicial em matéria de direitos sociais são especialmente aqueles inseridos na prática institucional do Ministério Público e, em menor grau, da Defensoria Pública.

Nesse contexto, grande parte das considerações externadas neste trabalho tem maior aplicabilidade ao perfil de atuação de apenas parcela dos atores atuantes na tutela extrajudicial coletiva de direitos sociais, com destaque à figura do Ministério Público, instituição que, como já foi dito, é a que tem melhores condições e o perfil mais adequado para a tutela coletiva extrajudicial de direitos sociais, o que justifica a maior extensão dos endereçamentos a ela pertinentes.

No tópico 6.4 discorreremos sobre as possibilidades de atuação de cada um dos atores referidos no presente item, indicando quais, dos instrumentais existentes, são passíveis de utilização por cada um, e em que medida podem afetar a implementação de políticas públicas sociais.

6.3. Os influxos do direito comparado

Falar do controle de atos da Administração com vistas à efetivação extrajudicial de direitos sociais afetos à cidadania traz à mente o perfil de atuação do *Ombudsman*, instituição que surgiu no ordenamento sueco e foi posteriormente implementada também pelos direitos finlandês e dinamarquês, espalhando-se posteriormente para inúmeros outros ordenamentos ao redor do mundo, inclusive para a América Latina, em que recebeu o nome de *Defensor del Pueblo*.²¹¹

Conforme observa André de Carvalho Ramos ao tratar do tema, podem ser colocadas como as principais características da instituição a inserção constitucional, a independência funcional, a autonomia e a liberdade de confrontar o Poder Público.²¹²

Ilustrando de maneira vibrante o perfil da instituição, Pedro Carballo Armas coloca:

*“Se fosse necessário definir o Defensor del Pueblo com um nome e um semblante, este se assemelharia, sem dúvida, ao de um paladino dos direitos e liberdades na sociedade moderna, que emerge com clareza como uma das tendências do Direito Constitucional contemporâneo”.*²¹³

²¹¹ Para os fins desta exposição, o Ombudsman e a Defensoria del Pueblo serão tomados como instituições análogas e dotadas de um mesmo perfil, não obstante variem, de um ordenamento para outro, não apenas o nome mas também parte de suas atribuições. Sobre o histórico do instituto, vide MAIORANO, Jorge Luis. *El ombudsman en America Latina*. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 92: 241-256, out./dez. 1986. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181738/000427078.pdf?sequence=3>. Acesso em 21.10.2017.

²¹² O autor se refere mais especificamente à *Defensoria del Pueblo* argentina (Defensoría Del Pueblo na Argentina e o Ministério Público brasileiro: a busca da efetivação dos direitos humanos. In: CALABRICH, Bruno [org.]. *Modelos de Ministerios Públicos e Defensorías Del Pueblo*, v.3. Brasília: ESMPU, 2014, p. 16), mas tais características em geral se fazem presentes nos modelos adotados em outros ordenamentos.

²¹³ "Si fuera necesario definir al Defensor del Pueblo con un nombre y un semblante, éste se asemejaría, sin duda, al de un paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna, que emerge con claridad como una de las tendencias del Derecho Constitucional contemporáneo"

A atuação de referida instituição se dá eminentemente pela via extrajudicial, até porque grande parte dos ordenamentos não lhe concede capacidade postulatória para demandar em juízo.

Essa conformação força a instituição a atuar por meio da argumentação persuasiva, fazendo uso da publicidade de suas considerações para induzir a Administração à correção desta ou daquela prática.

Assim é que dentre as estratégias de atuação está a publicação de opiniões formais – que não deixam de ter natureza similar à das recomendações do direito brasileiro –, que podem levar, em caso de descumprimento,²¹⁴ à apresentação de representações ao órgão competente para a tomada de outras medidas.²¹⁵

Essa ausência de coerção, contudo, não significa ausência de efetividade da atuação, como observa a doutrina especializada:

“(…) algum setor incrédulo quis percebê-lo simplesmente como uma figura decorativa de uma democracia formal, provavelmente porque o Defensor del Pueblo é, em essência, uma instituição carente de coerção. Ainda, contudo, que isso esteja correto, não é menos correto dizer que suas considerações são geralmente reconhecidas pelas Administraciones Públicas (...)”.²¹⁶

Em verdade, em matéria de efetivação de direitos sociais a eficácia da atuação do *ombudsman* pode ser até superior à de outros agentes – inclusive o Judiciário –,²¹⁷ já que o órgão se insere no sistema político como um ator

(ARMAS, Pedro Carballo. *El Defensor del Pueblo: el ombudsman en España y en el derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 17, tradução nossa).

²¹⁴ A apresentação de representações (para a tomada de medidas no campo judicial) como ato sequencial à constatação do descumprimento de uma recomendação não é providência necessariamente imediata, já que ainda se pode insistir em tratativas negociais – por meio, por exemplo, de reuniões ou audiências públicas – antes de se reputarem esgotadas as tentativas extrajudiciais.

²¹⁵ Conforme veremos no estudo das recomendações no direito brasileiro, seu não acatamento aqui pode ensejar a tomada de medidas pelo próprio órgão que as expediu, já que muitas vezes há cumulação de atribuições judiciais, o que em regra não existe na conformação dos *ombudsmen*. Nos casos, porém, em que a tomada de medidas no campo judicial incumbe a outra unidade, a sistemática brasileira é análoga: consiste no encaminhamento de representação fundamentada ao órgão competente. É o que se dá na atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que como vimos não tem atribuição para postular em juízo.

²¹⁶ “(…) algún sector descreído ha querido percibirlo simplemente como una figura decorativa de una democracia formal, probablemente, porque el Defensor del Pueblo es, en esencia, una institución carente de coertio. Pero, aun siendo esto cierto, no lo es menos que sus consideraciones son habitualmente reconocidas por las Administraciones Públicas (...)” (ARMAS, Pedro Carballo. *El Defensor del Pueblo: el ombudsman en España y en el derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 17, tradução nossa).

²¹⁷ Jeff King coloca que o estilo cooperativo dos *ombudsmen* é mais efetivo do que o modelo coercitivo das Cortes, por três razões: produz menos decisões ambivalentes ou pouco claras,

qualificado para a discussão, junto às instâncias democráticas, de alterações no próprio direito positivo, sendo capaz de influenciar a própria edição de leis que permitam a concretização de normas constitucionais pendentes de regulamentação.²¹⁸

Referindo-se aos *defensores del pueblo*, a doutrina estrangeira descreve bem esse papel destacado na própria conformação do Estado Social:

*“Em um momento de desenvolvimento do Estado social em que a eficácia dos direitos econômicos e sociais e a remoção de obstáculos que impedem seu desfrute real e efetivo, especialmente para pessoas pertencentes a grupos em perigo de exclusão, dependem, em grande parte, de medidas de caráter normativo adotadas por administrações, instituições como os Defensores del Pueblo devem assumir um papel de impulso das mudanças normativas que sejam exigíveis e necessárias para conseguir que os direitos reconhecidos na Constituição (...) tenham uma eficácia real para todos”.*²¹⁹

O estudo comparativo permite constatar que a realidade que vem sendo observada no Brasil, no sentido de ocupação, por outros atores, de um espaço de efetivação de direitos sociais não preenchido adequadamente pelas vias parlamentar e judicial, também se faz presente em outros ordenamentos, por meio especialmente da valorização da figura do *ombudsman* (ou *defensor del pueblo*, no caso dos ordenamentos espanhol e latino-americano) como

produz menos tensão política e produz menores reações defensivas (*Judging social rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 91).

²¹⁸ Essa postura mais ativa é inclusive esperada desses órgãos: “Com efeito, não cabe unicamente uma postura estática limitada a verificar se a norma de que se trate é aplicada de forma correta e eficaz pelo sujeito público, mas também é possível, conveniente e desejável uma atitude dinâmica, que contemple também a mudança na norma como meio idóneo para o desenvolvimento da importante missão encomendada aos defensores, com consequências tanto para os casos particulares que se lhes apresentem como, com caráter geral, para toda a cidadania” (LÓPEZ, Manuel García Álvarez-Rubén García. *El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26: 127-165, 2010, p. 128, tradução nossa. Texto original: “En efecto, no cabe únicamente una postura estática limitada a verificar si la norma de que se trate es aplicada de forma correcta y eficaz por el sujeto público, sino que también es posible, conveniente y deseable una actitud dinámica, que contemple también el cambio en la norma como medio idóneo para el desarrollo de la importante misión encomendada a los defensores, con consecuencias tanto para los casos particulares que se les planteen como, con carácter general, para toda la ciudadanía”).

²¹⁹ “En un momento de desarrollo del Estado social donde la efectividad de los derechos económicos y sociales y la remoción de los obstáculos que impiden su disfrute real y efectivo, en especial para las personas que pertenecen a colectivos en peligro de exclusión, dependen, en gran parte, de medidas de carácter normativo adoptadas por aquellas administraciones. Instituciones como los defensores del pueblo deben asumir un papel de impulso de los cambios normativos que sean exigibles y necesarios para lograr que los derechos reconocidos en la Constitución (...) tengan una eficacia real para todos” (LÓPEZ, Manuel García Álvarez-Rubén García. *El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, 2010, p. 164, tradução nossa).

interlocutor apto a levar, à esfera pública, demandas dos cidadãos em face da Administração.

A descrição apresentada por Pedro Carballo Armas no que toca ao recrudescimento da força da atuação extrajudicial do *ombudsman* na Espanha lembra em certa medida o processo que vem sendo construído na realidade brasileira:

"Foram, precisamente, essas deficiências do controle judicial e parlamentar, para as quais é necessário unir o crescimento desmesurado e irrefreável da Administração após a Segunda Guerra Mundial, aquelas que propiciaram o caldo de cultura necessário para que uma instituição como a do ombudsman emergisse com força na cultura moderna, demonstrando que não somente era capaz de se configurar como um interlocutor válido nas relações - nem sempre fáceis - entre a Administração e o cidadão, mas também que, além disso, excedia em muito as graves deficiências mostradas pelos meios clássicos de controle".²²⁰

O fato, porém, é que a despeito dos inegáveis pontos de contato, não se criou no ordenamento brasileiro instituição com perfil delimitado como o do *ombudsman* – como órgão inserido no debate político com qualificação para problematizar, questionar e fiscalizar, em termos jurídicos e no plano não judicial, questões sociais e de cidadania.

A opção do constituinte brasileiro foi no sentido de incorporar ao Ministério Público – em sua nova conformação trazida em 1988²²¹ – atribuições típicas do *ombudsman*:

"No espaço vazio anterior à Constituição de 1988, quando o cidadão não tinha muitos meios de controle, de influência ou de acesso à administração, o Ministério Público acabara por constituir naturalmente, por meio do atendimento aos necessitados, um canal direto de acesso ao público, assim começando a abarcar, de direito e de fato, as funções correspondentes ao ombudsman. Apesar disso, nas vésperas da Constituição de 1988, sob a influência de modelos dos países escandinavos, falara-se muito na criação de um órgão novo para exercer as funções de ombudsman no País. Seria um defensor do povo, destinado a receber a apurar as mais diversas reclamações de interesse popular, contra as

²²⁰ "Han sido, precisamente, estas deficiencias del control judicial y parlamentario, a los que hay que unir el desmesurado e irrefrenable crecimiento de la Administración después de la Segunda Guerra Mundial, las que han propiciado el caldo de cultivo necesario para que una institución como la del Ombudsman emergiera con fuerza en la cultura moderna, demostrando que no sólo era capaz de configurarse como un interlocutor válido en las relaciones – no siempre fáciles – entre la Administración y el ciudadano, sino que, además, superaba con creces las graves deficiencias mostradas por los medios clásicos de control" (ARMAS, Pedro Carballo. *El Defensor del Pueblo: el ombudsman en España y en el derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 19, tradução nossa).

²²¹ Cumpre notar que a conformação do Ministério Público no direito positivo brasileiro foi sendo continuamente remodelada no curso da história: "O Ministério Público brasileiro muito evoluiu: começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988, passou a ser defensor de uma sociedade democrática" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89).

autoridades e os serviços públicos. Alguns projetos de lei a respeito tinham chegado a tramitar no Congresso Nacional (...). A certa altura, o governo federal chegou a criar uma Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (...). Por outro lado, durante a última Constituinte, o Anteprojeto Afonso Arinos chegou a propor a criação de um defensor do povo, como figura à parte. Contudo, a Constituição de 1988 preferiu melhor instrumentalizar e destinar o Ministério Público a essa tarefa, a criar uma outra instituição paralela de controle do Estado".²²²

Na conformação do Ministério Público brasileiro a função de ombudsman é exercida por membros que em regra acumulam atribuição para postular em juízo – atuando em funções identificadas com esse perfil integrantes dos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, do Distrito Federal e Territórios e também dos Ministérios Públicos estaduais que tenham atribuições em matérias afetas a direitos constitucionais e direitos humanos do cidadão em face do Poder Público.

No âmbito do Ministério Público da União foi criada a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, instância superior que reflete com maior fidedignidade o perfil do *ombudsman* oriundo do direito comparado, já que não tem atribuição para postular em juízo e possui inserção nacional nos grandes temas do debate público de direitos constitucionais.

A pluralidade de ofícios atuantes na defesa de direitos constitucionais do cidadão em face do Poder Público²²³ leva a uma situação de plúrimos *ombudsmen*, analogamente ao que se verifica em ordenamentos estrangeiros:

"(...) com o tempo o ombudsman deixa de ser uma só entidade e se transforma, dando lugar à criação de distintos tipos de ombudsman e assim aparecem sucessivamente o que se ocupa de assuntos militares, o ombudsman antitruste, o do consumidor, o da imprensa, e inclusive o destinado à igualdade de sexos, ou contra a discriminação ética (...)"²²⁴

²²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135-136. Comentando o artigo 129, II, do texto constitucional, o mesmo autor pondera que a Constituição "(...) conferiu ao Ministério Público a tarefa do defensor do povo, ainda que desta exata expressão não se tenha valido" (*Idem*, p. 137).

²²³ Note-se que dentre esses direitos constitucionais incluem-se direitos individuais e coletivos, estes últimos aqui identificados como sociais. De todo modo, a atuação desses órgãos se dá, como regra, na defesa coletiva de direitos da sociedade. Ainda que se trate da defesa, pois, de direitos negativos (de abstenção) do cidadão – função que escapa ao objeto deste estudo –, a atuação se dá, ao menos em regra, por abordagem coletiva e não à luz de interesses individuais.

²²⁴ "(...) con el tiempo el Ombudsman deja de ser una sola entidad y se transforma, dando lugar a la creación de distintos tipos de Ombudsman y así aparecen sucesivamente el que se ocupa de asuntos militares, el Ombudsman antitrust, el del consumidor, el de prensa, el incluso destinado a la igualdad de sexos, o contra la discriminación ética (...)" (SOTO, Tarcisio Oviedo. El ombudsman como organismo de control de la Administración. *Revista de Derecho*, v. 62, nº 196, jul./dic. 1994, p. 140, tradução nossa).

Concordamos com Ela Wiecko V. de Castilho quando sustenta²²⁵ que, no Brasil, dentre os ramos do Ministério Público apenas o Ministério Público Militar não exerce funções de *ombudsman* – o que se explica pelo fato de que tem somente atuação no campo criminal.

Nota-se, pois, a partir desse resgate do perfil institucional dos *ombudsmen* e dos *defensores del pueblo*, que a abordagem propugnada no presente estudo é adotada em inúmeros ordenamentos, com impactos práticos reconhecidos – não sendo, pois, fruto de mera criação teórica nem representando verdadeira inovação no mundo jurídico.

Por certo, a defesa do reforço à atuação resolutiva do Ministério Público – bem como de outros atores – não é senão a defesa de estratégias de atuação que em muito se assemelham ao modo já consolidado de atuação dessas instituições do direito comparado.²²⁶

Apenas ocorre que ao Ministério Público brasileiro, instituição à qual foi conferido o poder de controlar com autonomia os atos da Administração, foi dado um perfil de atuação muito mais largo do que o do *ombudsman*. Vale dizer, as funções de *ombudsman* não são senão uma parcela das atribuições da instituição ministerial, à qual compete não apenas a tutela da cidadania, mas também atribuições em outras esferas, inclusive no direito penal.

Em outras palavras, diferentemente do que ocorre no modelo original, em que se criou órgão com atribuições limitadas, em regra, ao campo cível extrajudicial, aqui essas atribuições foram assumidas por instituição que concentra também uma série de outras atuações possíveis, inclusive e notadamente no campo judicial.

²²⁵ *A Procuradoria dos Direitos do Cidadão*. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/a-procuradoria-dos-direitos-do-cidadao-elawiecko-2011>. Acesso em 19.11.2017. O texto em questão traz o mais detalhado relato da doutrina nacional acerca do processo de incorporação das funções de *ombudsman* no Ministério Público brasileiro, notadamente no Ministério Público da União.

²²⁶ A possibilidade de atuação de ofício, típica do Ministério Público brasileiro, é comum à figura do *ombudsman*, assim como a ausência de solenidades rituais: "El Ombudsman puede actuar de oficio o a petición de parte interesada (...). La forma del reclamo no está revestida de ninguna solemnidad" (SOTO, Tarcisio Oviedo. El ombudsman como organismo de control de la Administración. *Revista de Derecho*, v. 62, nº 196, jul./dic. 1994, p. 137). O informalismo e a liberdade da atuação desses atores permitem um dinamismo maior do que aquele passível de ser exercido pelo Judiciário, dada sua inércia, de modo que sua responsividade às questões sociais e de cidadania passa pela necessidade de que alguém leve a problemática à sua apreciação.

Isso não significa que não se possa reconhecer a nítida influência da experiência estrangeira dos *ombudsmen* no que toca ao perfil de atuação cível extrajudicial conferido ao Ministério Público.

Essa cumulação de atribuições²²⁷ também não representa qualquer prejuízo à efetividade da atuação nesse campo, já que o Ministério Público brasileiro vem conseguindo desenvolver a contento a parcela de suas atribuições que coincide com o perfil institucional do *ombudsman*, de maneira que se revela desnecessária a criação de instituição com atuação exclusiva nessa seara. Nesse sentido:

*"Já temos sustentado que um Ministério Público realmente forte e independente dispensa a necessidade de criar um ombudsman à parte. O ombudsman, mesmo nos países onde foi criado, só tinha funções de investigação, enquanto o Ministério Público brasileiro, além do poder de investigação, tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas violações apuradas".*²²⁸

De todo modo, mais recentemente tem havido leituras no sentido de que parcela do papel desempenhado pelas Defensorias Públicas também se insere como representativa de funções típicas de *ombudsman*, ainda que de maneira mais específica ao campo de pleitos sociais de pessoas vulneráveis.²²⁹

À luz da nova roupagem constitucional e legislativa conferida ao perfil de atuação extrajudicial da Defensoria Pública na tutela de direitos sociais, é

²²⁷ A multiplicidade de atribuições exercidas pelo Ministério Público brasileiro não é particularidade de nosso ordenamento. Marcelo Zenkner registra, em seu estudo de direito comparado, que "(...) o Ministério Público Português é parte integrante do Poder Judiciário daquele Estado, e que os Magistrados do Ministério Público exercem funções múltiplas: desde a ação penal até a defesa das pessoas carecidas de proteção, passando pela defesa da constitucionalidade, da legalidade e dos interesses difusos. Aliás, nos últimos anos, acompanhando a tendência mundial, (...) em Portugal foram atribuídas ao Ministério Público grandes responsabilidades no tocante à salvaguarda dos chamados interesses transindividuais (...)" (*Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90). O mesmo autor registra que o destaque que vem ganhando a defesa de direitos sociais pela instituição ministerial também é observável em outros ordenamentos, a exemplo do espanhol: "Por fim, observa-se que a verdadeira vocação do Ministério Público Espanhol é a de, cada vez mais, tutelar interesses sociais e indisponíveis" (*Op. cit.*, p. 93).

²²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

²²⁹ Nesse sentido a posição sustentada por Daniel Sarmento em parecer acerca das atribuições da Defensoria Pública da União (disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf, acesso em 19.11.2017). Posição análoga é defendida por Edilson Santana Gonçalves Filho (*Defensoria tem perfil para ser ombudsman na solução extrajudicial de conflitos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/tribuna-defensoria-defensoria-ombudsman-solucao-extrajudicial-conflitos>, acesso em 19.11.2017).

possível de fato uma tal interpretação,²³⁰ o que se coaduna com a já vista pluralidade de conformações possíveis para diferentes *ombudsmen*, que podem conviver harmonicamente entre si.

A abertura do leque de legitimados à tutela de direitos, como visto em tópico anterior, é benéfica ao interesse público – resguardada sempre a necessidade de correspondente controle nesse processo de abertura, aspecto sobre o qual nos dedicaremos com maior profundidade em tópico próprio.

Falemos, por ora, dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento a essa gama de legitimados.

6.4. Instrumentos de atuação

Veremos no item 6.6 inúmeros casos exitosos de efetivação de direitos sociais a partir de atuações exclusivamente extrajudiciais de atores estatais. Qual a razão para o sucesso dessas atuações?

A resposta a essa pergunta passa inicialmente pela própria natureza mais propositiva da abordagem extrajudicial, como já discutiremos ao tratar das particularidades dessa via em contraposição ao caminho da judicialização.²³¹

É também de ser mencionada a já debatida maior abertura hoje existente para discussões autocompositivas e para discussões jurídicas em espaços alheios ao Judiciário. Esse cenário tem permitido que a argumentação persuasiva juridicamente fundamentada tenha mais peso no enfrentamento de problemas sociais.

Também influi decisivamente nesse contexto o controle popular cada vez mais presente – fator que resta potencializado pela preocupação de garantir ampla publicidade das atuações e de buscar no seio da sociedade o respaldo democrático às medidas buscadas, mantendo permanente abertura para uma participação cidadã ativa que sirva de termômetro para continuamente avaliar o próprio caminho trilhado.

²³⁰ Apenas deve ser observado que o espectro de atuação da Defensoria Pública não é amplo como o do Ministério Público, devendo guardar pertinência com a finalidade da instituição, vale dizer, a defesa de direitos de hipossuficientes.

²³¹ Como vimos no tópico 6.2., esse aspecto se aplica à lógica de atuação extrajudicial de apenas parte dos agentes estatais estudados – notadamente Ministério Público e Defensoria Pública.

Somente esses motivos não seriam, porém, suficientes.

A despeito da relevância dos fatores identificados como elementos que em conjunto explicam a eficácia potencial da abordagem extrajudicial, não seriam efetivamente viáveis atuações bem-sucedidas nesse campo – ao menos não com a extensão hoje verificada – sem o instrumental disponibilizado pelo ordenamento aos atores estatais aí atuantes.²³²

Trataremos aqui desses instrumentos, delineando o alcance que a eles pode ser dado no enfrentamento de questões sociais.

Importa reconhecer, de todo modo, que os instrumentos, por si sós, em nada mudam a realidade – impondo-se que sejam usados de maneira proativa, interessada e responsável, e muito do que vimos em capítulos antecedentes, acerca do fomento a atuações resolutivas, tem papel relevante no sentido de incutir nos operadores jurídicos a consciência e o conhecimento necessários ao uso ativo, e ao mesmo tempo estratégico e ponderado, dos seus mecanismos de atuação.

Em tempos de abarrotamento da via judicial, de disseminação da linguagem jurídica e de fomento a soluções consensuais, o ordenamento já dá aos operadores jurídicos todos os meios necessários para obter mudanças sem o crivo do Judiciário.

O que falta é apenas uma mudança de perspectiva, superando-se a ainda impregnada mentalidade beligerante típica do processo judicial.

O fato é que os instrumentos aptos a viabilizar atuações extrajudiciais exitosas e autossuficientes já existem e estão postos à disposição de variadas instituições atuantes nesse campo.

Cabe a elas fazer uso adequado deles, de maneira a se desincumbirem de seu *munus* público por meio da ocupação do espaço não judicial de atuação a elas disponibilizado.

6.4.1. Poder de requisição

²³² Não discorreremos nesse tópico sobre instrumentos à disposição de atores privados – cuja forma de atuação é evidentemente distinta (eis que sujeita a regime de direito privado), como será possível depreender da exposição trazida no item 7.3.

O poder de requisição é o mais essencial dos instrumentos viabilizadores de uma atuação extrajudicial efetiva – estando, em regra, na origem de grande parte das práticas exitosas, já que é a partir dele que são obtidos os subsídios necessários à elaboração de um diagnóstico e de um convencimento sobre a questão sob apreciação, ensejando a aferição de possíveis irregularidades e criando, como consequência, as bases para a expedição de recomendação ou para o início de tratativas que eventualmente resultem em solução consensual (formalizada ou não sob a forma de um compromisso de ajustamento de conduta).

Para os órgãos dotados de poder de requisição, a utilização desse instrumento é no mais das vezes o ponto de partida das apurações, daí advindo os encaminhamentos subsequentes, seja através dos demais instrumentos extrajudiciais disponíveis para a solução da questão, seja através da tomada de medidas judiciais.

Nem todos os atores referidos anteriormente, contudo, têm a possibilidade de fazer uso desse instrumento, variando também a abrangência com que pode ser manejado, em consonância com o respectivo perfil de atribuições de cada órgão.

Assim é que as leis regulamentadoras de agências reguladoras, por exemplo, não trazem previsão do poder de requisição de informações ou documentos, não obstante reconheçam a possibilidade de requisição de servidores e empregados,²³³ bem como de força policial.²³⁴

Algumas das prerrogativas inseridas, porém, no poder fiscalizatório das agências reguladoras – interdições de estabelecimentos e apreensão de bens, por exemplo²³⁵ – não deixam de representar verdadeiro poder de requisição (de condutas e de bens), inclusive mais intenso do que aquele conferido a outros atores.

No que toca a órgãos de controle interno (controladorias), as respectivas leis de regência costumam assegurar poder de requisição de

²³³ Vide previsão nesse sentido, por exemplo, no art. 27 da lei nº 10.871/2004.

²³⁴ Vide art. 3º, parágrafo único, da lei nº 10.871/2004, que prevê a possibilidade de requisição de força policial em caso de embaraço ao exercício de funções de natureza fiscal ou de poder de polícia (interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos e apreensão de bens ou produtos) por parte de representantes de agências reguladoras.

²³⁵ Falaremos de outras possibilidades de atuação de agências reguladoras – que possuem também poder regulamentar ou normativo – mais à frente, no item 6.4.5.

documentos e informações, de maneira restrita à respectiva estrutura administrativa.

À Controladoria Geral da União (hoje com o nome de Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União), por exemplo, o art. 18 da lei nº 10.683/2003 (com redação dada pela lei nº 13.441/2016), diploma hoje revogado, assegurava a possibilidade de requisição, a órgãos ou entes federais, de procedimentos e processos administrativos, bem como de informações e documentos. Atualmente o artigo 66 da lei nº 13.502/2017 traz, em seus incisos VII a IX, redação análoga.

Verifica-se, pois, que ao órgão de fiscalização interna é assegurado requisitar documentos, informações e processos nos limites da estrutura administrativa que integra – o que se justifica pelo fato de que sua atribuição se restringe à fiscalização interna dessa mesma estrutura administrativa.

Passando às advocacias públicas, observa-se que nem todas as normas de regência trazem previsão de poder de requisição.

Na esfera federal, por exemplo, não é assegurado poder de requisição aos membros da Advocacia Geral da União, o mesmo ocorrendo em diversas procuradorias municipais, cujas leis de regência silenciam a respeito.²³⁶

Grande parte dos órgãos de advocacia pública, contudo, possuem a prerrogativa de requisição de documentos e informações em face de órgãos ou autoridades integrantes da Administração.

Quando estipulado para advogados públicos, o poder de requisição se presta a subsidiar a assessoria jurídica interna à Administração, bem como a instrução de ações de interesse específico da pessoa jurídica da qual fazem parte.

No que interessa ao objeto deste estudo, importa reconhecer que um tal poder de requisição, quando previsto, pode se prestar a melhor municiar os advogados públicos em suas análises, permitindo interlocuções em bases mais seguras – e portanto mais proveitosas – com órgãos de controle (notadamente o Ministério Público) com os quais venham a discutir a implementação de direitos sociais.

²³⁶ É o caso, por exemplo, das leis de regência das Procuradorias dos Municípios de Ribeirão Preto (lei complementar municipal nº 710/1997) e Uberlândia (lei municipal nº 12.068/2014), que não estipulam poder de requisição aos advogados públicos municipais.

Algumas das normas de regência de advocacias públicas expressamente restringem seu poder de requisição à esfera administrativa respectiva – como ocorre nos municípios de São Paulo (decreto municipal nº 57.263/2016, art. 53, I) e Cuiabá (lei complementar municipal nº 208/2010 art. 3º, X).

Em outros casos a redação não especifica a quais órgãos da Administração pode ser endereçada a requisição oriunda do representante da advocacia pública.

Exemplificativamente, observa-se que aos procuradores do Estado de São Paulo é permitido requisitar das “autoridades competentes”: certidões, informações, autos de processo administrativo, documentos e diligências necessários ao desempenho de suas funções (art. 118, III, lei complementar estadual nº 1270/2015, de São Paulo).

De maneira análoga, em Goiás é permitido aos procuradores do Estado requisitar, sempre que necessário, auxílio e colaboração das “autoridades públicas” para o exercício de suas atribuições, bem como requisitar das “autoridades competentes” certidões, informações e diligências necessárias ao desempenho de suas funções (art. 38, II e III, lei complementar estadual nº 58/2006, de Goiás).

Redação similar é usada na descrição do poder de requisição atribuído a outras carreiras de advocacias públicas estaduais, de que são exemplo as Procuradorias de Mato Grosso (art. 65, II, lei complementar estadual nº 111/2002) e do Rio de Janeiro (art. 44, III, lei complementar estadual nº 15/1980), bem como as Procuradorias dos Municípios de Rio de Janeiro (lei complementar municipal nº 132/2013, art. 19, II) e Goiânia (lei complementar municipal nº 262/2014, art. 40, parágrafo único).

Passando às Defensorias Públicas, observa-se um poder de requisição que se revela compatível com suas atribuições de defesa, em todas as esferas, de direitos titularizados pela população vulnerável. Num Estado Social de Direito, é compreensível que se assegure, ao órgão de representação de grupos desfavorecidos, mínimas condições de bem desempenhar suas atribuições.

Ainda assim, dada a natureza advocatícia e não fiscalizatória do serviço desempenhado pela Defensoria, o poder de requisição aqui somente pode ser endereçado a autoridades públicas e seus agentes, não podendo ser usado

em face de particulares – analogamente ao que ocorre, como vimos, com órgãos de controle interno e advocacias públicas.

No âmbito da Defensoria Pública da União, por exemplo, a lei complementar nº 80/94 assegura a prerrogativa de requisitar, de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação do órgão (vide artigo 8º, XVI e art. 44, X).

As leis orgânicas das Defensorias estaduais trazem disposições no mesmo sentido, valendo mencionar, exemplificativamente, o inciso XX do art. 19 e o inciso IV do art. 162, todos da lei complementar nº 988/2006, do Estado de São Paulo, dispositivos que asseguram, aos membros da Defensoria paulista, a prerrogativa de requisitar exames, perícias, vistorias, certidões, informações, diligências, processos, documentos e esclarecimentos a quaisquer autoridades públicas e seus agentes.

Passando às cortes de contas, o que se tem é um poder de requisição mais amplo, que se compatibiliza com a natureza eminentemente fiscalizatória de suas atribuições.

No caso do Tribunal de Contas da União, observa-se que o art. 42 da lei nº 8.443/91 assegura que nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto – o que significa poder de requisição de processos, documentos e informações no curso de inspeções e auditorias, passível de ser endereçado não apenas a órgãos públicos mas também a agentes privados.

Para além desse maior alcance, há ainda a previsão de que, não cumprida a exigência, não apenas há comunicação à autoridade administrativa superior, para medidas disciplinares cabíveis, mas há também possibilidade de aplicação de multa (art. 58, IV, lei nº 8.443/91), o que assegura maior coercibilidade às requisições apresentadas.

Análogo poder de requisição – inclusive com a possibilidade de aplicação de multa em caso de descumprimento – é assegurado às Cortes de Contas estaduais, cabendo citar, como exemplo, o art. 25, §1º, da lei complementar nº 709/93, do Estado de São Paulo, que traz prerrogativa análoga ao Tribunal de Contas estadual no âmbito de suas inspeções e auditorias.

O maior alcance previsto no ordenamento brasileiro ao poder de requisição extrajudicial, contudo, é aquele conferido ao Ministério Público, o que se explica pela já vista amplitude das atribuições deste órgão.

Dispõe a lei orgânica do Ministério Público – que regulamenta a atuação do Ministério Públicos dos Estados – que é possível ao membro da instituição (vide art. 26 da lei nº 8.625/93), dentre outras prerrogativas, o seguinte:

- requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
- requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
- requisitar diligências investigatórias;
- expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva.

A lei orgânica do Ministério Público da União, por sua vez, traz disposições em sentido análogo, permitindo aos membros da instituição (artigos 7º e 8º, lei complementar nº 75/93), dentre outras prerrogativas, as seguintes:

- requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
- requisitar informações e documentos a entidades privadas;
- requisitar diligências investigatórias;
- requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos;
- requisitar acesso a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar.

Nota-se, pois, que o objeto possível da requisição aqui é mais amplo do que o visto nas leis de regência dos órgãos anteriormente referidos.

Para além de a requisição poder ser endereçada aqui também a particulares – incluindo até mesmo requisição de comparecimento para oitiva presencial (hipótese em que se usa o termo “notificação”) –, aqui são abarcados não apenas documentos e informações, mas também exames, diligências, perícias e apurações, ainda que a cargo de outros órgãos públicos e mesmo que demandem a instauração, por esses outros órgãos, de procedimentos administrativos para tanto.

Exatamente em razão dessa maior amplitude do poder de requisição é que o órgão ministerial tem preeminência na atuação no âmbito da tutela coletiva de direitos, como veremos no estudo de casos.

Por certo, um poder requisitório mais abrangente permite maior rapidez e precisão na construção de um diagnóstico jurídico sobre a situação enfrentada, viabilizando que se estabeleçam interlocuções sobre bases fáticas menos controversas, facilitando assim a obtenção de consensos entre as partes envolvidas.

Cumprir notar, entretanto, que a coercibilidade da requisição extrajudicial – oriunda de quaisquer dos órgãos listados – é distinta daquela própria da requisição judicial, havendo consequências diferentes em razão do não cumprimento. Além disso, há diferentes graus de coercibilidade entre as requisições extrajudiciais dos órgãos acima referidos.

Por certo, a autoridade judicial pode requisitar determinada conduta sob pena de multa diária ou sob pena de medidas constritivas de natureza variada.

No caso das requisições do Ministério Público, o descumprimento pode ensejar apuração por crime de desobediência²³⁷ ou por improbidade administrativa,²³⁸ ou, em se tratando de requisição de informações que possam subsidiar eventual ação civil pública, também pode acarretar a tipificação de crime previsto na lei de ação civil pública.²³⁹ Não é possível ao membro do Ministério Público, contudo, fixar multa por descumprimento, nem fixar medidas constritivas.

²³⁷ O artigo 330 do Código Penal tipifica a conduta de desobedecer ordem legal de funcionário público.

²³⁸ O artigo 11 da lei nº 8.429/92 configura como ato de improbidade a violação, ainda que por omissão, a deveres de legalidade e lealdade às instituições, bem como o retardamento ou a ausência indevida da prática de ato de ofício.

²³⁹ O artigo 10 da lei nº 7.347/85 tipifica como crime a conduta de retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à proposição de ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público.

Já no caso dos Tribunais de Contas, o descumprimento de requisições pode ensejar a imposição de multas,²⁴⁰ o que a aproxima, nesse ponto, de requisições judiciais (havendo, porém, nítida diferença em relação ao que pode ser requisitado, como veremos a seguir).

Requisições oriundas da Defensoria Pública ou de órgãos de controle interno e advocacias públicas não contam em regra com consequências específicas, mas o descumprimento pode ensejar, a depender de seus contornos, caracterização de crime de desobediência ou mesmo improbidade administrativa – como sucede, aliás, com qualquer requisição.

Observa-se, pois, que a requisição extrajudicial tem, ontologicamente, a mesma natureza mandamental de uma ordem judicial, diferenciando-se pelas consequências possíveis do descumprimento e pelo menor alcance de seu objeto.

No caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, o ordenamento estipulou consequências mais gravosas (tipificando crime específico no caso do descumprimento de requisições ministeriais em matéria passível de ação civil pública e prevendo a possibilidade de fixação de multa administrativa pelo descumprimento de requisições de cortes de contas), o que dá às respectivas requisições peso significativo, embora distinto daquele próprio de uma ordem judicial.

A diferença está em que, como não poderia deixar de ser, a autoridade judicial dispõe de instrumental muito mais amplo – inclusive com amplo poder de constrição patrimonial – para garantir o cumprimento de suas ordens.

Além disso, há matérias sujeitas a reserva de jurisdição – como o alcance de informações sujeitas a sigilos de dadas naturezas –, o que afasta a possibilidade de requisição extrajudicial nesses casos.

Essas diferenças de amplitude e de consequências em relação à requisição judicial não afastam, contudo, a importância da requisição extrajudicial como mecanismo dotado de alta eficácia para a instrução dos feitos sob apuração pelos órgãos listados.

²⁴⁰ Vide, no caso do Tribunal de Contas da União, o disposto nos artigos 42 e 58, IV, da lei nº 8.443/92.

No caso de Ministério Público e Defensoria Pública, a legislação lhes atribui ainda capacidade postulatória, de modo que seu poder de requisição pode se prestar à coleta de elementos voltados a subsidiar o ajuizamento de ações.

Em outras palavras, não apenas providências conclusivas no campo extrajudicial são viabilizadas pela prévia requisição de elementos a elas necessários. Muitas vezes o próprio ajuizamento de ações, quando se reputar ser o caso, somente se viabiliza a partir da requisição de elementos que permitam um suporte probatório mínimo para subsidiar a ação a ser ajuizada.²⁴¹

O que importa aqui destacar, entretanto, é que esse poder de requisição pode ser usado para, por si só, obter soluções no campo extrajudicial.

Exemplificando esse ponto com a realidade observada na atuação do Ministério Público, o que se observa é que, muitas vezes, a mera requisição de esclarecimentos ou de justificativa para a prática de dado ato administrativo imputado à Administração é suficiente para que, no exercício de seu poder-dever de autotutela, o gestor público promova as adequações cabíveis, sem que seja necessária atuação mais incisiva por parte do órgão de controle.

Essa lógica se aplica especialmente para situações que envolvam irregularidades ou falhas na prestação de serviços ou de políticas públicas já implementados e em execução.

Em casos tais, muitas vezes a mera requisição de manifestação acerca das medidas a serem adotadas em face da não prestação adequada de dado serviço público é suficiente para que a Administração, reconhecendo a falha, já se adiante no apontamento das medidas pretendidas, sanando a problemática apurada.

Em outras palavras, uma requisição inicial com finalidade de abertura do contraditório²⁴² pode ter o condão de promover, sozinha, o restabelecimento do cumprimento de dado direito prestacional pelo Estado.

A expedição de recomendações e a assinatura de compromissos de ajuste de conduta (instrumentos que discutiremos em sequência) se justificam,

²⁴¹ Em suma, grande parte do êxito da atuação como um todo desses órgãos (Ministério Público e Defensoria Pública) advém da atribuição, pelo legislador, de poder de requisição.

²⁴² Cumpre registrar que a abordagem extrajudicial pelo Ministério Público é normalmente iniciada com a oportunização do contraditório, não apenas para a compreensão da integralidade dos fatos e para a formação de convencimento jurídico sobre eles, mas também para viabilizar o estabelecimento de um diálogo que permita a construção de solução consensual.

pois, mais em situações em que a provocação inicial pelo órgão de controle se revelou insuficiente – o que demanda tratativas suplementares, notadamente por meio de reuniões – ou em casos em que de plano se verifique uma maior complexidade da situação a ser enfrentada.

Em matéria de direitos sociais, os casos que demandam medidas adicionais de enfrentamento são em regra aqueles que não versam sobre o simples restabelecimento de políticas públicas já implementadas, implicando, ao invés, sua ampliação ou mesmo a criação de novas políticas, sendo também a princípio insuficiente o simples exercício do poder de requisição em hipóteses em que se vislumbra a necessidade de cessação de condutas reputadas lesivas ao interesse social e tidas pelo gestor como justificáveis.

Nessas situações, a requisição – de informações, documentos e esclarecimentos – se apresenta normalmente como o pontapé inicial das tratativas, viabilizando a formação de diagnóstico da situação apurada, de maneira a permitir uma adequada análise jurídica.

Em tais hipóteses, é usual que à colheita preliminar de informações se siga a celebração de reunião(ões) com as partes envolvidas, com vistas à discussão da questão e à delimitação dos pontos controvertidos.

No curso das tratativas, o exercício da argumentação jurídica se faz presente todo o tempo, de modo que aos poucos as partes podem ir construindo consensos, ainda que parciais e mediante concessões recíprocas.²⁴³

Persistindo pontos de discordância em relação aos quais não se conseguiu avançar, daí um leque de opções se abre no próprio campo extrajudicial, somente sendo caso de já se cogitar da imediata judicialização da questão quando se conclua tratar-se de problemática em relação à qual se mostre inviável qualquer solução que não seja impositiva.

A escolha do caminho a tomar, nesse leque de opções, pauta-se pelas peculiaridades do caso concreto, podendo ir desde a convocação de audiência pública até a expedição e ampla divulgação de recomendação

²⁴³ Cumpre consignar que a abordagem consensual é em regra acompanhada de maiores concessões – por exemplo, maior tolerância quanto ao prazo para a conclusão dos compromissos assumidos para a efetivação de dado direito, ou fixação de multa por descumprimento em patamares menores – do que o que costuma ocorrer no embate judicial. A propósito, a judicialização que se segue a tentativas frustradas de autocomposição normalmente é acompanhada de descrição da conduta renitente adotada pela Administração, o que justifica pedidos mais rigorosos quanto à reparação cabível ou quanto às sanções aplicáveis em caso de persistência no descumprimento.

fundamentada, contendo explicitação do problema constatado e das medidas reputadas cabíveis para sua solução.

Sem prejuízo, durante toda a apuração extrajudicial o poder de requisição permanece passível de ser novamente utilizado conforme as circunstâncias o exigam, tendo por objeto ora novas informações – de destinatários públicos ou privados –, ora um exame pericial, ora a instauração de procedimentos ou a realização de diligências, mesmo que por outros órgãos públicos.

Pode se reputar oportuna até mesmo a convocação de partes envolvidas, para oitiva presencial, o que não deixa de ser uma forma de requisição.

Caso, no curso das tratativas, se perceba a possibilidade de construção criativa de caminhos possíveis para a implementação no maior grau possível dos direitos discutidos, então se justifica e se revela sensato celebrar compromisso escrito que estipule, de maneira clara, expressa e delimitada, as providências esperadas de cada parte com vistas ao encaminhamento da questão.²⁴⁴

Somente se esgotados todos esses meios é que a via judicial passa a se apresentar – no plano ideal – como o caminho a ser buscado (cumprindo lembrar que a descrição acima apresentada se ateve à realidade observável na atuação do Ministério Público).

Note-se, pois, que o sistema atualmente vigente já fornece instrumentos que permitem abordagens variadas no campo não judicial, de maneira a construir soluções efetivas – viabilizando, pois, que em caso de o exercício do poder de requisição se revelar insuficiente, os mesmos órgãos possam dar seguimento a outras medidas no próprio campo extrajudicial (medidas estas variáveis conforme o órgão de que se cuide, podendo consistir em recomendações, orientações, audiências públicas, multas etc.).

Em caso de insucesso de todas as tentativas, no caso de órgãos dotados de capacidade postulatória o sistema vigente permite ainda a tomada de medidas no campo judicial.²⁴⁵

²⁴⁴ Trataremos desses outros instrumentos nos tópicos que seguem.

²⁴⁵ Os demais órgãos, por sua vez, podem representar a órgãos dotados de legitimação para litigar em juízo.

Como se nota, o poder de requisição atribuído a esses órgãos não é mero antecedente lógico da judicialização, não se prestando apenas à obtenção de elementos mínimos a instruir possível ação judicial.

Trata-se, em verdade, de instrumento que pode servir de antecedente lógico a todo um rol de medidas possíveis nos campos extrajudicial e judicial, mas também como mecanismo por vezes suficiente, por si só, para a obtenção das soluções buscadas.

6.4.2. Recomendação e instrumentos análogos

A recomendação, como o próprio nome diz, configura instrumento destituído de força coercitiva e que se presta a orientar o destinatário a adotar dado encaminhamento reputado necessário pelo expedidor, à luz de uma dada problemática.

Tem por efeito cientificar o destinatário acerca do posicionamento do expedidor, bem como acerca da possibilidade de tomada de medidas outras, inclusive judiciais, em caso de não acatamento.

Essa cientificação tem o condão de afastar eventuais alegações de desconhecimento ou boa-fé por parte do destinatário, em caso de persistência na conduta reputada irregular.

Revela-se, nesse passo, como mecanismo garantidor de segurança jurídica, já que explicita, ao destinatário, a posição do órgão expedidor – em regra órgão de controle, embora também venha sendo usada por outros atores do sistema jurídico, como a seguir será exposto.

A recomendação revela-se muitas vezes resolutiva por si só, notadamente quando bem fundamentada juridicamente e com uma adequada e factível sugestão de encaminhamento, prestando-se no mínimo a ensejar um aprofundamento do diálogo jurídico entre remetente e destinatário.

A partir da recomendação podem-se seguir tratativas que resultem na celebração de compromisso de ajustamento de conduta, mas o fato é que pode ou não ser seguida de acordo formal subsequente – mesmo quando acatada, por vezes a solução imediata adotada pelo destinatário afasta a necessidade de amarras jurídicas quanto a eventuais encaminhamentos futuros.

Não há momento certo para seu oferecimento: a análise depende dos contornos do caso concreto, podendo se dar após contato já iniciado ou como medida preliminar, inclusive no bojo de reunião inaugural para discussão do tema de fundo.

Normalmente, porém, é oferecida após a requisição (e obtenção) de informações suficientes para a adequada compreensão do caso concreto e para a elaboração de diagnóstico acerca da situação existente – salvo se esse diagnóstico se revelar possível a partir de informações passíveis de serem obtidas independentemente de requisição.

Pode ter caráter preventivo ou corretivo e, embora não possua forma específica, deve ser expedida por escrito e contar com suficiente fundamentação legitimadora de seu cabimento. Mais do que isso, como ato administrativo deve observar os princípios regentes da atividade administrativa, dentre os quais a publicidade.

Dada a ausência de caráter coercitivo, seu acatamento (ou não) depende do convencimento, pelo destinatário, acerca da fundamentação jurídica apresentada.

Em caso de não acatamento, usualmente a recomendação é seguida de medidas mais incisivas, em regra de cunho judicial, voltadas à implementação impositiva da conduta reputada adequada.

A recomendação pode ser endereçada não apenas a entes ou órgãos públicos, mas também a pessoas físicas e jurídicas de direito privado, a depender do direito em discussão – o que reforça a conclusão, que será melhor trabalhada no capítulo 7, de que particulares também podem ser titulares de deveres em matéria de direitos sociais.

O instrumento da recomendação, notadamente no âmbito da tutela coletiva de direitos sociais, consubstancia mecanismo de acesso à justiça – sob o viés mais amplo que foi defendido neste trabalho –, já que seu acatamento normalmente representa a adoção de encaminhamento conclusivo à questão de fundo.

Representa, pois, mecanismo de atuação resolutiva extrajudicial no enfrentamento de direitos sociais – compatibilizando-se, nesses termos, com a

mais moderna tendência de atuação no âmbito, por exemplo, do Ministério Público brasileiro.²⁴⁶

Referida instituição, a propósito, tem o protagonismo no uso desse mecanismo, até porque se trata de típico instrumento ministerial, tanto que é previsto nas leis de regência de todos os ramos do Ministério Público brasileiro.

A propósito, houve recente regulamentação dos contornos jurídicos do instituto da recomendação por parte do Conselho Nacional do Ministério Público (resolução CNMP nº 164/2017), ocasião em que foi definido como instrumento de atuação extrajudicial *do Ministério Público*.

Segundo a definição contida em referido ato normativo, pelo instrumento em questão são expostas, “em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas”.

O fato, entretanto, é que outros atores jurídicos também vêm fazendo uso, na prática forense, da recomendação como mecanismo de atuação extrajudicial (pré-judicial, normalmente) no tratamento dos casos sob sua atribuição, não obstante inexistir previsão legal expressa nas respectivas leis de regência.

É o caso da Defensoria Pública, não obstante a lei complementar nº 80/94 (lei orgânica da Defensoria Pública da União) não preveja referido

²⁴⁶ A recomendação CNMP nº 54, de 28 de março de 2017, prevê uma política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro, definindo-a como aquela atuação por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações. Dispõe ainda que, sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, deve ser priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade. Compatibilizando-se com essas diretrizes, a Resolução CNMP nº 164/2017 estipula que, sendo cabível a expedição de recomendação, deve ser ela adotada como solução preferencial ao ajuizamento de ação com o fito de enfrentar o mesmo problema.

instrumento para o órgão em questão, não tendo tampouco sido localizada previsão nas leis orgânicas de Defensorias estaduais.

O fato é que não é incomum observar o uso desse instrumento na prática por parte de defensores públicos,²⁴⁷ o que tem sido justificado pela principiologia do sistema, já que as recomendações se revelam muitas vezes mecanismos mais ágeis para a agilização de providências reputadas necessárias, afastando a necessidade de judicialização de demandas em muitos casos.

O raciocínio subjacente é o de que, se ao órgão é reconhecida legitimidade para a atuação judicial na esfera da tutela coletiva,²⁴⁸ é de se reconhecer como implícita a possibilidade de que, antes do ajuizamento da ação, tente resolver a questão por mecanismo não coercitivo de atuação, passível de ensejar cumprimento imediato das medidas reputadas necessárias, evitando com isso o acúmulo de processos judiciais e permitindo-se a solução mais rápida do interesse debatido.

Considerando que a referida lei complementar nº 80/94 prevê como função institucional da Defensoria Pública a promoção *prioritária* da solução extrajudicial dos litígios – por meio de técnicas de composição e administração de conflitos –, entendemos que implicitamente é de ser reconhecida sim a possibilidade de manejo do instituto também por esse órgão – limitadamente ao seu espectro de atribuições e como forma de viabilizar o adequado exercício dessas atribuições, claro –,²⁴⁹ até pela sua eficácia potencial para a solução célere e não litigiosa de questões variadas.

Entendemos, pois, como consentânea com o interesse público primário – até porque são muitas as demandas sociais e poucos os atores públicos para enfrentá-las – a ampliação do leque de legitimados à expedição de recomendações, respeitando-se, claro, os limites materiais de atribuição do expedidor.

²⁴⁷ “Em muitos municípios do Brasil a Defensoria Pública emitiu recomendações aos cartórios de registro para que efetuassem o registro dos indígenas em conformidade com a resolução conjunta do CNJ e do CNMP, bem como buscou extrajudicialmente que os cartórios efetuassem o registro do nome indígena na língua de cada povo” (BURGER, Adriana Fagundes *et. al* [org.]. Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia. Brasília : ANADEP, 2015, p. 128. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf. Acesso em 26.09.2017).

²⁴⁸ Vide art. 5º, II, lei 7.347/85 e entendimento firmado pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 3943.

²⁴⁹ Vale dizer, limitadamente a situações em que voltada, a recomendação, à tutela dos necessitados.

No caso da Defensoria Pública, por exemplo, é de se reconhecer a possibilidade de manejo do instrumento para a defesa de direitos sociais afetos a pessoas hipossuficientes, dado o perfil da instituição.

Não foram encontrados julgados que discutam esse ponto da legitimidade de outros atores para a expedição de recomendações – notadamente da Defensoria Pública –, o que talvez se justifique pelo caráter não coercitivo da medida: caso o destinatário discorde da legitimidade do expedidor, basta não acatar o quanto recomendado, revelando-se desnecessário discutir em juízo a questão da legitimidade.

De outro lado, o interesse de outras instituições, como o próprio Ministério Público, em questionar a legitimidade ativa de outros órgãos para a expedição de recomendações só se faz presente, à luz do interesse público primário, quando utilizado o instrumento em matéria que escape das atribuições do órgão expedidor ou de maneira a afetar negativamente o direito em discussão.

No que toca às advocacias públicas, a análise de suas respectivas leis orgânicas aponta, analogamente ao que ocorre com a Defensoria Pública, para a ausência de previsão do instituto da recomendação.

Diferentemente, porém, do que vem sendo observado na atuação prática dos defensores, não se verifica o uso de recomendações por parte de advogados públicos.

Não obstante, é ínsito à função da advocacia pública o papel de orientar juridicamente a Administração Pública, em suas mais variadas atuações, notadamente por meio de pareceres.

Esse papel orientador aproxima-se de certa maneira do viés da recomendação, embora guarde diferenças significativas, especialmente quanto ao alcance e aos efeitos.

Por certo, a orientação jurídica expedida pela advocacia pública dirige-se à Administração da qual faz parte, não sendo viável, senão para fins de publicidade, a expedição de orientações jurídicas gerais, a afetar a esfera jurídica de terceiros alheios à Administração correspondente.

E nisso se distingue da recomendação prevista para o Ministério Público e hoje também utilizada pela Defensoria Pública, a qual pode ser endereçada a qualquer destinatário, desde que responsável pelas medidas a serem adotadas.

De outro lado, a orientação jurídica da advocacia pública em regra não impede o gestor público de agir em sentido diverso – sendo, pois, em tais situações também destituída de coercibilidade –, embora se preste a cientificá-lo dos riscos jurídicos e responsabilidades decorrentes de medidas contrárias à orientação expedida.²⁵⁰

E nesses aspectos se aproxima da recomendação, dado que delimita a ciência expressa do destinatário, ensejando segurança jurídica quanto às consequências possíveis e tendo como marca distintiva o uso da argumentação jurídica.

Transplantando essa possibilidade para o campo dos direitos sociais, pode-se ter aí uma forma de prevenção de atos administrativos lesivos aos contornos de dada política pública, por exemplo.

Ocorre que o não acatamento da orientação jurídica expedida pelo representante da advocacia pública não enseja medidas ulteriores, por parte do próprio expedidor, voltadas à imposição judicial do entendimento manifestado, como sucede no caso de Ministério Público e Defensoria Pública.

Por outro lado, a orientação jurídica da advocacia pública por vezes pode assumir caráter vinculante geral para toda a estrutura administrativa, e em tais hipóteses configura mecanismo muito mais poderoso do que a recomendação, na medida em que o posicionamento jurídico externado pelo advogado público (no exercício da atribuição de consultoria jurídica) deve ser necessariamente seguido pelos órgãos da Administração da qual faz parte. Há previsão dessa possibilidade para diversas carreiras da advocacia pública quando o entendimento em questão é homologado pelo Chefe do Poder Executivo correspondente, o que vincula a respectiva estrutura administrativa.²⁵¹

Em hipóteses tais é possível concluir que a orientação jurídica da advocacia pública – não obstante não possa ser identificada como recomendação no sentido acima apresentado – tem o condão de exercer similar papel preventivo

²⁵⁰ Há exceções em que os pareceres jurídicos são reputados vinculantes, havendo entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de colocar como tais os pareceres prévios em processos de licitação (art. 38, parágrafo único, da lei nº 8.666/93). Nesse sentido o entendimento do plenário do TCU no acórdão 1337/2011.

²⁵¹ Na esfera federal a lei complementar nº 73/1993 (lei orgânica da Advocacia-Geral da União) estipula em seu art. 42 que os pareceres das consultorias jurídicas, quando aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

de litígios, até por delimitar de maneira mais clara e fundamentada o entendimento jurídico da Administração quanto a dado tema.

Passando aos Tribunais de Contas, também não foi possível localizar previsão do uso de recomendações em suas leis de regência.

Há normalmente, porém, previsão da possibilidade de resposta a consultas – o que se aproxima de certa maneira dos papéis orientadores desempenhados pela consultoria da advocacia pública e, em certa medida, pela recomendação do Ministério Público e da Defensoria Pública (que segue, à míngua de regulamentação própria, os parâmetros aplicáveis à instituição ministerial).

O alcance da consulta no âmbito das Cortes de Contas é, porém, bem maior, já que sua resposta é revestida de caráter normativo e configura prejulgamento de tese, a condicionar casos futuros análogos (art. 1º, § 2º, lei nº 8.443/92).

As consultas respondidas por Tribunais de Contas pautam-se pelo enfrentamento argumentativo de dada questão – aproximando-se nesse ponto de recomendações e pareceres jurídicos –, e também podem ter impacto significativo na forma de implementação de políticas públicas em matéria de direitos sociais, com a diferença de que usualmente discutem temas em tese, e não casos concretos.

Por sua vez, órgãos de controle interno também têm papel orientador – embora não essencialmente jurídico – similar ao exercido pelas advocacias públicas e de certo modo com finalidade próxima à das recomendações (vale dizer, viabilizar, pelo poder da argumentação jurídica, que o destinatário promova espontaneamente dadas adequações em sua conduta).

A lei nº 13.502/2017, por exemplo, prevê (art. 66, V e X) que a Controladoria-Geral da União tem a possibilidade de propor a adoção de providências ou a correção de falhas, bem como medidas legislativas ou administrativas e ações voltadas a evitar a repetição de irregularidades constatadas.

No que toca, por fim, a agências reguladoras, reconhece-se normalmente, como ínsito a seu espectro de atribuições, a existência de poder de

mediação de conflitos entre consumidores e agentes econômicos,²⁵² e no exercício desse papel é possível às agências o exercício de papel orientador de condutas que guarda similaridade com a natureza da recomendação.

Em suma, há instrumentos variados de viés não coercitivo pelos quais os atores atuantes em maior ou menor medida em temas possivelmente afetos a direitos sociais podem buscar medidas corretivas ou preventivas com o condão de impactar a efetivação de direitos sociais no campo não judicial.

6.4.3. Compromisso de ajustamento de conduta

Normalmente é identificado pela sigla TAC, que representa a abreviação de termo de ajustamento (ou de ajuste) de conduta, mas o fato é que o *termo* é a mera reprodução escrita das condições do *compromisso* assumido, razão pela qual entendemos tecnicamente mais correto dar, ao instrumento em si, o nome de compromisso.²⁵³

Essa a opção também efetivada na resolução CNMP nº 179/2017, que define esse mecanismo como negócio jurídico que tem por finalidade a adequação de dada conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração, voltado à garantia de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como de outros direitos afetos à esfera de atribuições do órgão proponente (no caso de referida resolução, a referência é ao Ministério Público, dado que se cuida de regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público).

O fato é que aqui a legitimação é mais ampla, havendo previsão na lei de ação civil pública (art. 5º, § 6º) da possibilidade de que quaisquer dos

²⁵² Há inclusive previsão normativa desse papel de mediação para algumas agências reguladoras, como no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que tem em sua estrutura orgânica uma Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública (vide Portaria 349/1997, do Ministério de Minas e Energia, que traz o regimento interno da ANEEL).

²⁵³ De todo modo, para maior fluidez da leitura faremos uso da expressão TAC, até por estar consagrada na prática forense, para referirmo-nos ao ajuste em questão.

legitimados *públicos* para a propositura de ação civil pública assinem um TAC com a parte que viria a ser ré na ação coletiva.²⁵⁴

Assim é que, não obstante o Ministério Público assuma também aqui um maior protagonismo na utilização desse tipo de solução, compromissos de ajuste de conduta podem também ser legitimamente colhidos pela Defensoria Pública e por entes e órgãos da Administração²⁵⁵ – sendo possível observar seu uso, na prática, por agências reguladoras e Procons, por exemplo.

No caso de agências reguladoras, há previsão e regulamentação específica em alguns casos – como ocorre no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em que há previsão da possibilidade de celebração de TAC nos parágrafos do art. 29 da lei nº 9.656/98, com regulamentação pela Resolução Normativa ANS nº 372/2015.²⁵⁶

É possível ainda observar, na prática, o uso desse mecanismo por parte de Tribunais de Contas e Controladorias, mas apenas no contexto de processos de apuração de infrações disciplinares por servidores do quadro respectivo – o que não representa seu manejo no enfrentamento de direitos sociais.

Não obstante, TACs firmados por órgãos da Administração, bem como por agências reguladoras, podem ser objeto de questionamentos junto ao Tribunal de Contas competente, hipótese em que a Corte de Contas poderá examinar a validade do ajuste não apenas sob o aspecto de sua legalidade, mas também do ponto de vista de sua economicidade e legitimidade – intervindo, pois, nos próprios termos de ajustes firmados por outros signatários.

A lei atribui a esse instrumento eficácia de título executivo extrajudicial independentemente de assinatura de testemunhas – de maneira mais simplificada, pois, do que sucede em contratos de direito privado, que demandam duas testemunhas para que adquiram uma tal eficácia.

²⁵⁴ Note-se que a lei de ação civil pública atribui legitimidade ativa às associações – sob dadas condições – para o ajuizamento da demanda coletiva, mas restringe a legitimação para a colheita de compromisso de ajuste de conduta apenas aos órgãos públicos legitimados.

²⁵⁵ No caso de TACs colhidos pela Administração, em verdade tem-se por trás a atuação da advocacia pública, na viabilização do acerto em termos juridicamente aceitáveis pelo ente ou órgão respectivo.

²⁵⁶ Quando firmados por agências reguladoras, os TACs permitem sejam estipuladas, para cumprimento pelas prestadoras de serviço, medidas corretivas de condutas que infrinjam a regulamentação vigente, bem como medidas de reparação aos consumidores afetados.

A caracterização como título executivo representa significativo ganho de celeridade, já que, em caso de descumprimento, o ajuste pode ser levado a juízo com vistas à exigibilidade de seus termos, sem a necessidade de ação de conhecimento voltada a debater os limites dos deveres de cada parte.

Com efeito, tendo o compromisso sido assinado por pessoa (física ou jurídica) capaz e legitimada à assunção de obrigações, ficam superadas as discussões sobre as obrigações em si, enfrentando-se apenas as condições assumidas para seu cumprimento e as consequências previstas para o inadimplemento.

Sobre a diferença para com a abordagem judicial, é a seguinte a lição da doutrina especializada:

"No caso do ajuste de conduta temos um meio termo entre a deformalização plena da administração da solução de conflitos de direitos por leigos e a tutela jurisdicional. O compromisso é uma faculdade conferida a órgãos públicos com um alto grau de profissionalização como, por exemplo, o Ministério Público. Mas é ao mesmo tempo uma forma diferenciada, com uma lógica própria, de se obter a solução do conflito, se comparado com a prestação jurisdicional. O resultado encontrado nos dois tipos de tutela não deve ser diferente, mas o caminho para se chegar a esse resultado é que pode ser diverso. A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigam é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual".²⁵⁷

Dada sua eficácia de título executivo extrajudicial, o ajuste em questão faz as vezes de uma sentença condenatória em ação civil pública, tornando certas e exigíveis as obrigações assumidas – contribuindo, pois, para o alcance mais célere de solução equivalente. A doutrina chama a atenção para esse aspecto:

"O impacto deste instrumento (termo de compromisso) no sistema político é tão ou mais eficaz do que a ação civil pública, uma vez que elimina a incerteza jurídica e pode uniformizar a abordagem da questão".²⁵⁸

No que toca às consequências do não cumprimento dos compromissos assumidos, em regra há a fixação de multas²⁵⁹ a serem revertidas ao Fundo de Direitos Difusos (art. 13 da lei nº 7.347/85), mas tem sido

²⁵⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre a negociação de medidas compensatórias em termo de ajustamento de conduta. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 625-626.

²⁵⁸ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 275.

²⁵⁹ Também tem sido admitida a cominação de consequências outras que não apenas multas, mas que de igual modo se prestem a garantir o cumprimento do avençado.

progressivamente aceita, na prática, a destinação da multa ao custeio de prestação específica que traduza medida protetiva do mesmo direito lesado – guardando, pois, compatibilidade com a finalidade legal do ajuste (reparação ou prevenção de lesões aos direitos transindividuais discutidos).

Normalmente o TAC tem viés corretivo, mas pode ser assinado mesmo quando o compromissário já tiver ajustado sua prática antes da assinatura do ajuste, o que revela a possibilidade de cunho preventivo da reiteração de condutas irregulares – hipótese relevante sobretudo para obrigações de trato sucessivo ou para assegurar a manutenção de obrigação de não-fazer.

Trata-se, em suma, de compromisso escrito voltado à solução de questões de abrangência transindividual, assinado por órgão dotado de legitimação para a tutela coletiva de direitos e por compromissário responsável pela implementação de medidas que representem o atendimento de deveres nesse campo.

Consubstancia, nesses termos, instrumento de enorme valia para a efetivação de direitos sociais, na medida em que pode se prestar à viabilização de solução autocompositiva de natureza resolutive, independentemente de intermediação judicial, afastando incertezas jurídicas e chegando a resultados práticos imediatos.

O compromisso pode ser assinado não apenas num contexto em que ainda não judicializada a questão de fundo, mas também no curso de uma ação já em andamento – não sendo incomum esta última hipótese, notadamente quando o compromissário se dá conta de que a solução compositiva representa o alcance, em menor tempo e em condições mais flexíveis, de solução análoga, abreviando com isso o dispêndio de recursos (temporais e financeiros) inerente à tramitação processual.

Há que se atentar que, mesmo quando assinado no curso de uma ação judicial em curso, o TAC não perde sua natureza de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, parte final, lei nº 7.347/85²⁶⁰ e art. 784, IV, CPC²⁶¹).

²⁶⁰ “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

²⁶¹ “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
(...)

Isso significa, em nosso entender, que não se faz necessária a homologação judicial do TAC celebrado nessas condições, salvo se as partes intencionarem a formação de título executivo *judicial*.

Nesses termos é que o art. 785 do CPC estipula que a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

O interesse na obtenção de título *judicial* se justifica quando as partes almejam a formação de coisa julgada material, que torne indiscutível a solução alcançada.

Em uma tal hipótese o TAC é submetido à apreciação judicial como instrumento representativo de transação a ser homologada na forma do art. 487, III, b, do CPC, por meio de sentença com resolução de mérito.

Nada impede, porém, que as partes de uma ação civil pública optem por retomar, paralelamente ao processo, as tratativas extrajudiciais, firmando compromisso ao qual queiram atribuir apenas eficácia de título executivo *extrajudicial*.

Em uma tal hipótese entendemos que será caso de extinção do processo judicial por perda de seu objeto, bastando às partes comunicar ao juízo que chegaram a solução autocompositiva superveniente, que lhes afastou o interesse de agir (na modalidade *necessidade*) na obtenção de sentença de mérito.

Alternativamente, poderão as partes apresentar requerimento conjunto de desistência da ação – o que não impactará a eficácia extrajudicial do título assinado.

Entendemos, pois, pelo raciocínio exposto, como ilegal a previsão contida no parágrafo único do artigo 20 da resolução nº 87, de 3 de agosto de 2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que estipula que quando o compromisso de ajustamento de conduta for firmado no curso de ação judicial deverá ser submetido à homologação judicial.

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

(...)

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

Pelos mesmos motivos entendemos também como ilegal o teor do art. 88 do ato normativo nº 484, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, que traz regramento no mesmo sentido.

A ilegalidade vislumbrada decorre do fato de que referidas disposições limitam o alcance normativo do TAC – como instrumento apto a viabilizar, por si só, soluções definitivas –, trazendo obrigação de homologação judicial que não encontra respaldo ou paralelo nas leis que disciplinam esse instrumento (lei de ação civil pública e Código de Processo Civil), nem tampouco na regulamentação oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público (resolução nº 23/2007).

Ainda sobre esse instrumento, tema outro que demanda enfrentamento é a discussão do grau de perenidade da solução contida no TAC caso revestido de eficácia executiva puramente extrajudicial (vale dizer, caso não submetido a homologação judicial).

Numa tal hipótese, surge a questão de saber se é possível rediscutir, judicialmente, a questão já solucionada por meio de TAC.

Entendemos que a validade em si do ajuste – por exemplo, no que toca à legitimidade das partes signatárias ou a requisitos de forma – sempre poderá ser objeto de questionamento judicial.

De igual maneira, poderá ser questionado o ajuste no que toca à eventual inaptidão das medidas nele previstas para a proteção do direito discutido. Em uma tal hipótese poderá restar configurado vício de finalidade do TAC, o que viabiliza sua invalidação judicial.

Nota-se, pois, que consubstanciando o TAC um negócio jurídico respaldado na atuação administrativa de determinados órgãos estatais legitimados à tutela coletiva de direitos, sua invalidação judicial pode ser buscada nas mesmas hipóteses em que podem ser invalidados os atos administrativos como um todo (vale dizer, em caso de vícios acerca da forma, da competência ou da finalidade).

A legitimação para questionar a validade de TAC em hipóteses tais é de quaisquer dos colegitimados para atuar na tutela coletiva dos mesmos direitos.

Entendemos, contudo, que inexistente interesse de agir para a rediscussão judicial do mérito da solução alcançada, com vistas à sua substituição por soluções outras de efeitos equivalentes.

Nesse sentido também o posicionamento de Geisa de Assis Rodrigues:

"Partindo da teoria das condições da ação, podemos afirmar que, em nosso juízo, ajustada a conduta às exigências legais não há interesse jurídico em se promover a ação civil pública em relação aos fatos objeto do compromisso. (...) Essa conclusão não vulnera de forma alguma a tutela dos direitos transindividuais, posto que só haverá a falta de interesse de agir quando o termo de ajustamento de conduta for válido e, como já vimos, sua validade está intrinsecamente relacionada com a adequada garantia do direito transindividual".²⁶²

O raciocínio aqui é análogo ao que se dá no controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários: não é possível, em princípio, rediscutir a escolha do motivo e do objeto do ato.

O controle judicial revela-se possível, no mérito, apenas quanto a motivos determinantes que porventura não guardem correspondência com a proteção do direito subjacente, ou quando a escolha do objeto não encontrar consonância com a finalidade buscada pelo ajuste.

Tratando-se ainda de instituto jurídico com natureza negocial, é possível sua rediscussão na esfera judicial em caso de vícios de vontade na formação do negócio jurídico.²⁶³

Para além disso, como vimos, a rediscussão judicial se revelará possível somente em caso de vícios de legalidade relativos à competência, à finalidade ou à forma do ajuste.

Entender, nesse passo, que colegitimados possam ajuizar ação civil pública que desconsidere a solução adotada em TAC já firmado significaria esvaziar a utilidade desse instrumento como mecanismo de pacificação social e de superação da insegurança jurídica. Nesse mesmo sentido o posicionamento da doutrina:

²⁶² *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 226.

²⁶³ Numa tal hipótese é possível vislumbrar, em determinados contextos (quando não configurada a existência de comportamento contraditório), legitimidade do próprio compromissário para questionar a validade do ajuste por ele assinado. Ressalte-se, porém, que a advertência quanto à possibilidade de judicialização da questão em caso de não assinatura não configura coação, já que se trata de exercício regular de direito – inexistindo controle, a propósito, sobre o resultado de demandas judiciais. A advertência, nesses termos, se presta, quando feita, apenas a permitir que a contraparte, em sua decisão sobre firmar ou não o TAC, tenha plena ciência quanto às consequências da não assinatura.

"O compromisso, inclusive pela sua natureza de título executivo extrajudicial, tem que ter um mínimo de estabilidade e oferecer a garantia ao compromissário de que se configura uma verdadeira alternativa à jurisdição. Portanto, caso não haja uma concordância com os termos do ajustamento, o co-legitimado (...) só pode impugnar judicialmente o compromisso alegando sua invalidade, e não propor demanda para a tutela do direito transindividual em relação aos fatos, objeto do compromisso, como se o mesmo não existisse".²⁶⁴

Com essas conformações, o compromisso de ajuste de conduta pode consubstanciar instrumento poderoso para a solução célere e harmoniosa de conflitos sociais, permitindo soluções definitivas independentemente de intermediação judicial.

Considerando que a definição dos compromissos nele constantes passa em regra por ampla discussão entre as partes – com a consideração dos variados aspectos envolvidos na consecução do direito social em análise –, a solução daí advinda muitas vezes se revela mais adequada, e enseja maior grau de adesão pelo signatário, do que aquela oriunda de provimento judicial:

"O compromisso de ajustamento de conduta, sendo uma atividade extrajudicial, pode ser incluído como uma modalidade de solução mais adequada para o deslinde de determinados tipos de conflitos nos quais devam ser ponderados vários interesses (...)".²⁶⁵

A disseminação do uso de referido instrumento vem se fazendo notar em foros variados, que não apenas no âmbito da atuação do Ministério Público – o que representa a consolidação de uma postura mais proativa no enfrentamento conclusivo de questões sociais pelos variados atores legitimados a seu enfrentamento.

6.4.4. Audiência pública

As audiências públicas, como o próprio nome diz, são reuniões abertas à participação de quaisquer interessados, pelas quais se viabiliza a

²⁶⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 224.

²⁶⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre a negociação de medidas compensatórias em termo de ajustamento de conduta. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 621-634, p. 624-625.

discussão conjunta, entre a população afetada e os órgãos públicos envolvidos, de temas de interesse comum dos participantes.

Normalmente antecedidas de convite aberto ao qual é dada ampla divulgação, costumam realizar-se em espaços públicos que permitam, de maneira organizada, a oitiva dos cidadãos acerca de temas de interesse geral, ocasião em que lhes é permitida uma interlocução direta com órgãos e autoridades responsáveis pelo tema em discussão.

Prestam-se a viabilizar, a um só tempo, que reclamos sociais sejam ouvidos diretamente pelos responsáveis pela gestão da coisa pública e que os órgãos públicos envolvidos prestem contas de suas atividades e colham subsídios para encaminhamentos subsequentes.

O instituto traduz mecanismo de maior transparência e publicidade na condução de temas de interesse público, permitindo que a população participe diretamente do processo decisório.

Revela-se, assim, típico meio de materialização da democracia participativa, na medida em que permite efetiva inserção da sociedade na esfera pública.

Sobre a relevância desses espaços de exercício de cidadania participativa, inclusive sob o ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, vale transcrever a lição de Anna Candida da Cunha Ferraz:

"No Estado de Direito Democrático, as formas de democracia participativa aliam-se à democracia representativa como meio de aproximar a sociedade dos núcleos de poder estatal. Tal tendência reforça o princípio democrático no Estado de Direito, dá um novo conteúdo à própria democracia, e sem dúvida, representa forma mais acentuada de proteção dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988".²⁶⁶

Muito usado inicialmente na esfera ambiental – havendo previsão de sua utilização no bojo de estudos de impacto ambiental desde 1986, conforme resolução nº 1, do Conselho Nacional do Meio Ambiente –,²⁶⁷ o instituto em questão foi sendo progressivamente adotado nos mais diversos âmbitos.

²⁶⁶ A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. *In*: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 117.

²⁶⁷ Vide § 2º do art. 11 de referida resolução. Posteriormente houve regulamentação mais detalhada acerca de sua realização na seara ambiental por meio da resolução nº 3/1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Assim é que passou a haver previsão de sua realização não apenas por órgãos ambientais, mas também por comissões do Congresso Nacional,²⁶⁸ por agências reguladoras,²⁶⁹ pelo Ministério Público²⁷⁰ e pela Defensoria Pública,²⁷¹ sendo certo que simples pesquisa na rede mundial de computadores permitir verificar seu uso, na prática, também por variados outros órgãos públicos, independentemente de previsão legal específica.

A título de exemplo, é possível encontrar a defesa de sua utilização por Cortes de Contas, a despeito de não se tratar de instrumento tipificado nas leis de regência dessas instituições:

*“Assim, torna-se imperativo que as Cortes de Contas, e não somente elas, mas absolutamente todas as instituições públicas, promovam ações voltadas para a participação social nos processos de co-gestão, consulta popular, audiência pública, orçamento participativo, voltadas para a geração de canais de comunicação com a sociedade (...)”.*²⁷²

No âmbito do Poder Executivo, a lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, traz em seu artigo 32 a possibilidade de uso do instrumento para subsidiar decisões em questões relevantes, tratando-se de previsão legal aberta, a legitimar a prática pelos mais variados órgãos da Administração federal – podendo ainda ser usada, por analogia, para fundamentar o uso do instrumento mesmo por outras instâncias estatais.

Nas esferas estadual e municipal, as respectivas leis de processo administrativo normalmente reproduzem o teor da norma federal em questão, legitimando, nos respectivos âmbitos, a utilização do mecanismo.²⁷³

O fato é que, por se tratar de mecanismo de democratização de processos decisórios – compatibilizando-se, pois, com o Estado democrático de direito estabelecido pelo texto constitucional de 1988 –, tem se notado a

²⁶⁸ Constituição Federal, art. 58, § 2º, II.

²⁶⁹ Vide, a título de exemplo, a lei nº 9.427/96, que regulamenta a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica e traz previsão de audiência pública no § 3º de seu art. 4º. O projeto de lei 6621/2016, que pretende trazer regulamentação geral sobre agências reguladoras, prevê o uso aberto, por quaisquer agências, de audiências públicas como mecanismo de suporte a processos decisórios.

²⁷⁰ Lei nº 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, IV.

²⁷¹ Lei complementar nº 80/1994, art. 4º, XXII.

²⁷² KELLES, Márcio Ferreira. *Controle da Administração Pública Democrática*: Tribunal de Contas no controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213.

²⁷³ A título de exemplo, no Estado de São Paulo há previsão da possibilidade de audiência pública no art. 29 da lei estadual nº 10.177/1998 (cuja redação é idêntica à do citado art. 32 da lei federal nº 9.784/99), e no Município de São Paulo há previsão no art. 28 da lei municipal nº 14.141/2006.

disseminação de seu uso pelos mais diversos órgãos da Administração Pública.²⁷⁴

Esse fenômeno não tem passado despercebido à doutrina, que vê aí o reflexo de um processo, em curso, de aproximação da Administração com a sociedade:

*Na prática, o que ocorre é que derrubados os muros altos que separavam a Administração Pública da sociedade, esta passa a participar da concepção, da decisão e da implementação das políticas públicas. As audiências públicas, as consultas públicas são exemplos de como se dá na prática a participação na elaboração das políticas públicas; o plebiscito administrativo, o referendo, as comissões de caráter deliberativo exemplificam, por seu turno, a participação no próprio processo de decisão, as comissões de usuários, a atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública, e até mesmo a recente expansão da concessão de serviços públicos fornecem uma amostra de participação na própria execução das políticas públicas”.*²⁷⁵

Com efeito, tem-se na audiência pública um instrumento poderoso no processo de construção democrática de políticas públicas – prestando-se, pois, para a busca da efetivação de direitos sociais por meio da abertura para um controle social mais próximo e incisivo.

Revela-se esse instituto, nesse passo, um valioso mecanismo de suporte a processos decisórios – consubstanciando, pois, ferramenta passível de utilização no contexto da atuação extrajudicial de órgãos de controle junto ao gestor público e, por vezes, junto ao próprio legislador.

É possível colocar a audiência pública como instrumento de atuação tipicamente extrajudicial, já que no processo judicial as manifestações produzidas em contraditório são restritas àqueles formalmente admitidos como partes (*lato sensu*), e a lógica da audiência pública é justamente a de permitir, informalmente, a participação de número indeterminado de pessoas interessadas em contribuir com a discussão da questão posta sob exame.

Além disso, não há previsão, na legislação processual civil, do uso de audiências públicas para subsidiar decisões pelas instâncias judiciais ordinárias (vale dizer, aquelas em que decididas questões de fato), não obstante

²⁷⁴ Como colocamos em nota de rodapé anterior, o esperado é que em todas essas situações a Administração seja devidamente orientada pelo respectivo corpo de assessoramento jurídico, até como forma de evitar eventuais vícios na realização do ato.

²⁷⁵ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 171.

haja possibilidade da utilização desse instrumento no âmbito do Poder Judiciário em contextos específicos.

É o caso de processos versando sobre controle abstrato de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF),²⁷⁶ bem como, desde o novo CPC, quando estiver em pauta a alteração de teses jurídicas adotadas em enunciados de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (§ 2º do art. 927 do CPC).

No âmbito do STF, a propósito, desde 2009 (emenda regimental nº 29) o regimento interno prevê a possibilidade de utilização de audiências públicas sempre que se reputar necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante (art. 13, XVII e art. 21, XVII).

Uma tal previsão aberta foi replicada pelo regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (artigos 185, 186, 256-K e 271-D, § 1º), havendo também previsão excepcional do uso do instituto no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (art. 35, XXXVI, do regimento interno).

Não foi possível localizar previsões análogas em tribunais de segunda instância, nem tampouco há previsão de uso de audiências públicas em processos judiciais em curso em primeiro grau de jurisdição, do que se depreende que seu manejo, no âmbito do Poder Judiciário, se restringe a hipóteses em que se reputam necessários esclarecimentos para subsidiar o enfrentamento de matéria de direito em cortes superiores,²⁷⁷ quando evidenciado o interesse social na tese a ser firmada judicialmente.

Há proposições legislativas que caminham no sentido de possibilitar o uso de audiências públicas em quaisquer processos que versem sobre questão dotada de maior repercussão social,²⁷⁸ mas o fato é que, no direito positivo

²⁷⁶ A lei nº 9.868/99 prevê a possibilidade de utilização de audiência pública no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 9, §º 1º) e de ações declaratórias de constitucionalidade (art. 20, § 1º). A lei nº 9.882/99, por sua vez, prevê o instituto também no âmbito de arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 6º, § 1º).

²⁷⁷ Também há previsão aberta de utilização do instituto no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (art. 26 do regimento interno), mas referido órgão, embora integrante do Judiciário, possui atribuição de controle (administrativo, financeiro e funcional), não exercendo função propriamente jurisdicional.

²⁷⁸ O anteprojeto de processo civil coletivo (projeto de lei 5139/2009) incorpora essa possibilidade, ao prever em seu artigo 22 a possibilidade de submissão da questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, como forma de auxiliar a obtenção de uma adequada cognição judicial sobre a matéria de fundo.

atualmente vigente, mesmo quando discutida, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, questão coletiva de amplo relevo social, inexistente a previsão do uso de audiências públicas.

Na generalidade dos casos, pois, a cognição do juízo deve ser amparada pelos elementos de prova trazidos diretamente pelas partes ou pelos terceiros formalmente admitidos no processo,²⁷⁹ sendo certo que a alteração desse panorama passaria por alteração legislativa que permitisse intervenções independentemente de controle de representatividade do interessado em se manifestar nos autos, já que é da essência da audiência pública permitir a participação ampla e informal de quaisquer interessados.²⁸⁰

Por esse contexto é que é válido afirmar que, no panorama normativo hoje vigente, ressalvadas hipóteses pontuais de uso na via judicial, as audiências públicas configuram típico instrumento de atuação na esfera extrajudicial, em que há uma abertura mais ampla e menos formal para a participação social, sem ritos típicos do processo judicial.

Em casos que envolvam impactos sociais mais significativos, seu uso é não somente possível, mas até recomendável, como forma de permitir a tomada de decisões mais bem fundamentadas e dotadas de maior transparência.

Nesse contexto, o instrumento em questão se presta a potencializar a eficiência e a legitimação democrática da atuação dos Poderes Executivo²⁸¹ e Legislativo,²⁸² bem como, inclusive com maior incidência, da atuação extrajudicial de órgãos de controle variados, com destaque para o Ministério Público.

No âmbito desta última instituição, a propósito, existe toda uma regulamentação acerca do uso deste instrumento, trazida pela resolução nº 82/2012, do CNMP (com modificações introduzidas pela res. 159/2017).

²⁷⁹ É o caso, por exemplo, do *amicus curiae* previsto no art. 138 do CPC, cuja intervenção somente é viabilizada após prévio controle de representatividade pela autoridade judicial.

²⁸⁰ Por participação informal queremos indicar que não há requisitos de legitimidade ou de representatividade para a participação, o que não significa que não possam ser estipulados critérios de organização das manifestações (como ordem de inscrição).

²⁸¹ Sobre o uso das audiências públicas pelo Poder Executivo Federal, como suporte à formulação de políticas públicas, vide o estudo de Igor Ferraz da Fonseca, Raimer Rodrigues Rezende, Marília Silva de Oliveira e Ana Karine Pereira, *Audiências públicas do Poder Executivo Federal: fatores de efetividade*. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1873.pdf. Acesso em 05.03.2018.

²⁸² Constituição Federal, art. 58, § 2º, II. Vide, a título de exemplo: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ce/audiencias-publicas-1>.

Da leitura de referido ato normativo se depreende que as audiências públicas são colocadas (art. 1º, § 1º) como reuniões organizadas “(...) abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (...)”, tendo por finalidade “(...) coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão (...) quanto à matéria objeto da convocação ou para prestar contas de atividades desenvolvidas”.

O diploma normativo em questão também prevê a necessidade de que sejam precedidas de edital de convocação ao qual deve ser dada ampla publicidade, sendo que as “(...) deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas na audiência pública ou em decorrência desta terão caráter consultivo e não-vinculante, destinando-se a subsidiar a atuação (...), zelar pelo princípio da eficiência e assegurar a participação popular na condução dos interesses públicos” (art. 7º).

A despeito da ausência de regulamentação pormenorizada dos trâmites de sua realização por outros órgãos – não submetidos à citada regulamentação do CNMP –, em linhas gerais as audiências públicas realizadas por quaisquer órgãos possuem os mesmos contornos, submetendo-se à mesma necessidade de ampla publicidade e de resguardo da possibilidade de participação popular tão ampla quanto possível.

Nota-se, pois, a vocação do instituto ao enfrentamento de questões sociais mais abrangentes, coadunando-se com a lógica de atuação resolutiva propugnada no presente feito. A doutrina vem reconhecendo o peso desse e de outros mecanismos de construção não judicial de soluções em matéria de direitos sociais:

"Mister é a construção de espaços de solução de conflitos no terreno extrajudicial, sendo que a atuação propositiva do Ministério Público, com a realização de audiências públicas e a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta, tem viabilizado a concretização de direitos sociais, em especial nos casos de vulnerabilidade (...)".²⁸³

Alinham-se as audiências públicas, portanto, ao viés de atuação extrajudicial propositiva e resolutiva defendido neste estudo, ao tempo em que

²⁸³ LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 205-206.

fomentam o desenvolvimento, na sociedade, de uma saudável consciência quanto à importância do controle social da coisa pública.

6.4.5. Outros instrumentos

Como mencionamos lateralmente em tópicos anteriores, para além de requisições, recomendações, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas, há ainda outros mecanismos viabilizadores do enfrentamento de direitos sociais na via não judicial, de que são exemplo desde a simples reunião com os envolvidos – com discussão do tema em bases jurídicas e propositivas²⁸⁴, no intuito de buscar solução consensual, a ser formalizada ou não sob a forma de TAC – até a cominação de multas de natureza administrativa por Tribunais de Contas,²⁸⁵ ou de sanções de natureza diversa por agências reguladoras.²⁸⁶

Os Tribunais de Contas possuem ainda o poder de julgar a regularidade da aplicação de verbas públicas, cominando, conforme o caso, débitos a serem ressarcidos ao erário – e nesses enfrentamentos terminam por construir balizas de entendimento que pautam a atuação futura da Administração.

No caso de agências reguladoras, há a possibilidade de exercício de poder fiscalizatório (inclusive com apreensões de bens e interdições de estabelecimentos, instalações e equipamentos),²⁸⁷ bem como de exercício de poder regulador e normativo.²⁸⁸

²⁸⁴ A argumentação em bases jurídicas em verdade perpassa o manejo de quaisquer dos instrumentos, notadamente por serem voltados à discussão da implementação de direitos.

²⁸⁵ As multas em questão podem ser cominadas, por exemplo, quando apuradas eventuais irregularidades em prestações de contas (vide, e. g., arts. 19 e 58 da lei orgânica do Tribunal de Contas da União), as quais podem ser relativas a gastos concernentes a políticas públicas envolvendo direitos sociais, do que se conclui que a atuação das Cortes de Contas tem o condão de impactar diretamente a postura do gestor público na execução de dada política social.

²⁸⁶ A título de exemplo, a Resolução Normativa nº 124/2006, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, prevê a possibilidade de sanções variadas a operadoras de planos privados de assistência à saúde – indo desde advertências até o cancelamento da autorização de funcionamento, passando por multas pecuniárias e pela inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos de qualquer operadora. A regulamentação da forma de uso dessas prerrogativas legais por parte da agência reguladora em questão vem na Resolução Normativa nº 388/2015.

²⁸⁷ Nesse sentido o teor do art. 3º, parágrafo único, da lei 10.871/2004: “No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas (...) as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim

Nesse contexto, em suas atuações as agências reguladoras podem impactar direta e significativamente a fruição, pela população, de direitos sociais variados,²⁸⁹ como a uma adequada prestação de serviços de telecomunicações²⁹⁰ e de energia elétrica,²⁹¹ ou o direito a ver observadas, pelos agentes econômicos como um todo, as medidas necessárias de vigilância sanitária,²⁹² ou o direito a uma adequada prestação do serviço de saúde suplementar por operadoras de planos de saúde.²⁹³

Importa ainda mencionar novamente aqui os pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos de advocacia pública – sobre os quais já tratamos ao falar das recomendações –, os quais possuem o condão de direcionar as atividades da Administração, podendo ter, pois, impactos palpáveis em temas afetos a políticas públicas sociais.

Também cabe referir os variados mecanismos de solução consensual de conflitos – como conciliação, mediação e arbitragem, que hoje têm

como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções”.

²⁸⁸ O tema do poder normativo de agências reguladoras desperta debates doutrinários interessantes acerca sobretudo dos seus limites – cabendo citar como exemplo dessa atribuição normativa o disposto no art. 19, IV e X da lei nº 9.472/1997, que permite à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) normatizar o serviço de telecomunicações. Para maior aprofundamento, vide, por todos, a obra de Paulo Roberto Ferreira Motta, *Agências reguladoras*, Barueri: Manole, 2003.

²⁸⁹ Colocamos aqui como sociais os direitos dos usuários de serviços regulados por serem usufruídos pela sociedade como um todo, ainda que prestados, tais serviços, pela iniciativa privada. Fazemos remissão, aqui, à delimitação terminológica empreendida no início do trabalho, acerca do que pode ser entendido, para os fins do presente estudo, como direito social.

²⁹⁰ A lei 9.472/1997 dispõe caber à ANATEL, por exemplo, reprimir infrações dos direitos dos usuários e exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica.

²⁹¹ A lei 9.427/1996 dispõe em seu art. 3º caber à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo, estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica, bem como regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.

²⁹² A lei 9.782/1999 dispõe em seu art. 7º caber à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por exemplo, o estabelecimento de normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde, bem como proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde, além de ampla atribuição fiscalizatória.

²⁹³ Conforme lei 9.961/2000 (art. 4º), compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por exemplo, estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras, bem como normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes e fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e ao cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar. Nota-se, pois, como sua atuação tem o condão de impactar de maneira direta a extensão do direito à saúde dos usuários de serviços de operadoras de planos de saúde.

uso aceito e regulamentado no âmbito da Administração Pública, como vimos no tópico relativo aos meios alternativos.

A propósito, cumpre reiterar que a abordagem no campo não judicial nem sempre será consensual e propositiva – assumindo tais contornos mais no caso do Ministério Público e da Defensoria Pública (o que não deixa de abarcar a maior parte das atuações, como veremos no estudo de casos).

Cada órgão, com seu respectivo plexo de atribuições, possui lógica própria de atuação. Apenas chamamos a atenção, em tópicos anteriores, para o cunho consensual da maior parte das soluções nesse campo em razão do fato de que a maioria significativa dos casos exitosos provém do Ministério Público e, em menor medida, da Defensoria Pública, órgãos estes cuja atuação não judicial não é impositiva (ressalvada a coercibilidade das requisições, como vimos).

De todo modo, mesmo no caso de órgãos dotados de poder repressivo – como Tribunais de Contas e agências reguladoras, que podem aplicar multas –, o que afasta em grande medida a voluntariedade das soluções por eles propugnadas, o que se tem são espaços de implementação não judicial de direitos sociais.

Mais importante, pois, do que as diferenças de abordagem, e do que o rol em si de instrumentos, é o fato de que o ordenamento confere a todos esses atores a possibilidade de atuar de maneira resolutiva no campo não judicial em prol da efetivação de direitos sociais.

Claro que, no caso de órgãos dotados de capacidade postulatória para ingressar em juízo, seu instrumental de atuação pode também se prestar à obtenção de elementos que subsidiem a judicialização do tema de fundo.

O que é relevante enfatizar, de toda maneira, é que os instrumentos a eles conferidos pelo ordenamento podem também ser usados validamente para a busca, sem qualquer intermediação judicial, de resultados equivalentes àqueles passíveis de serem buscados judicialmente, no que toca à readequação de eventuais práticas que afetem, em maior ou menor grau, direitos sociais.

A forma de atuação extrajudicial não é sujeita a ritos predefinidos nem a receitas predeterminadas²⁹⁴ – dentro do leque de atribuições respectivo e

²⁹⁴ Novamente cabe certa ressalva quanto aos tribunais de contas, não obstante a sequência procedimental nessa esfera não seja rígida como no processo judicial, inclusive por não se verificar, nos procedimentos de cortes de contas, a inércia típica do Judiciário.

do instrumental disponível, cada um dos atores atuantes no campo não judicial tem autonomia para analisar, à luz das peculiaridades do caso concreto, os meios mais eficazes ao alcance do resultado almejado.

Em matéria de direitos sociais, essa abertura do ordenamento para atuações extrajudiciais resolutivas junto aos titulares de deveres sociais tem o condão de produzir impactos significativos na efetivação desses direitos, como veremos nos estudos de casos.

É tempo de voltarmos maior atenção a esse leque de possibilidades, reconhecendo que, no diálogo entre poderes e instituições, não é apenas no Judiciário que se podem buscar respostas para a lacuna de implementação de direitos sociais.

6.5. Mecanismos de controle

Grande parte das práticas extrajudiciais bem-sucedidas em matéria de direitos sociais é viabilizada pela intervenção de órgãos de controle da Administração na execução de dadas políticas públicas.

As atuações, por exemplo, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e das Controladorias com impacto na efetivação de direitos sociais ligam-se diretamente à atribuição de controle da Administração, exercida por estes órgãos. O mesmo pode ser dito da figura dos *ombudsmen* em ordenamentos estrangeiros.

As atribuições de agências reguladoras, de advocacias públicas (na seara consultiva) e, ao menos no âmbito da tutela coletiva, da Defensoria Pública também não deixam de representar, em certa medida, uma forma de controle da aplicabilidade de direitos, nos limites de suas respectivas atribuições.

Em face de um tal contexto, a questão que se coloca é a seguinte: quem exerce o controle desse controle?

Em outras palavras, quais os mecanismos de controle da atuação dos órgãos públicos responsáveis pelo controle da Administração?

Essa problemática tende a receber tanto maior atenção dos operadores jurídicos quanto mais conclusivas e autossuficientes forem as

soluções alcançadas nessa esfera – vale dizer, quanto mais evidente for o impacto fático de atuações extrajudiciais no campo dos direitos sociais.

Defender, por exemplo, como fizemos ao falar dos compromissos de ajustamento de conduta, que a assinatura válida de um TAC afasta, como regra, o interesse de agir na rediscussão judicial do mérito da solução nele prevista, significa em última medida conferir definitividade às medidas trazidas no ajuste,²⁹⁵ o que pode gerar resistências notadamente em situações em que a escolha feita não coincidir com a visão do mesmo problema por parte de colegitimado à tutela coletiva dos mesmos direitos.

Como resguardar, pois, o interesse público primário em situações tais?

Inicialmente, cumpre notar que a última palavra na via extrajudicial é dada pelo próprio gestor legitimado a fazer as escolhas sobre os rumos da coisa pública, o que não deixa de ser verdade mesmo em situações em que eventualmente tenha sido influenciado em maior ou menor medida pelo apelo discursivo de dado interlocutor legitimado ao enfrentamento coletivo de direitos.

Vale dizer, a decisão nesse campo não será impositiva, decorrendo antes da anuência e da vontade daquele democraticamente legitimado a tomá-la, o que minimiza o risco de excessos.²⁹⁶ Por certo, o gestor que não concorde com a linha de proposições apresentada por dado órgão de controle não judicial poderá negar-se a seu acatamento, o que no máximo implicará levar a discussão à esfera judicial, com todas as garantias processuais inerentes a esse caminho.²⁹⁷

Se na via judicial a escolha do caminho a ser tomado quanto à efetivação de dado direito social é imposta ao gestor por um terceiro órgão – ainda que possa haver rediscussão da solução imposta em mais de uma

²⁹⁵ Claro que questionamento judicial sempre poderá haver, mas o mérito do quanto acordado (objeto e motivo) não será, conforme defendemos em tópico próprio, sindicável pelo Judiciário, ressalvadas discussões sobre motivos determinantes descompassados com o direito defendido, ou sobre objeto dissonante da finalidade buscada pelo ajuste. No mais, será também sempre possível o controle judicial sobre a forma do ajuste, sua finalidade e a competência (legitimidade) para firmá-lo.

²⁹⁶ A afirmação diz respeito sobretudo à atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública nesse campo, bem como a orientações não vinculantes da advocacia pública ou de controladorias.

²⁹⁷ No caso de cortes de contas o cenário descrito é diverso, já que decisões de Tribunais de Contas podem assumir natureza próxima à de decisões judiciais, não comportando recusa ao cumprimento e sim impugnação ou recurso (ou mesmo questionamento na via judicial). Também há temperamentos no caso de agências reguladoras, que podem impor sanções em face das quais o que cabe é impugnação ou recurso administrativo, ou questionamento judicial. Nessas situações não há, pois, a apontada voluntariedade à solução preconizada.

instância, através do sistema recursal –, na esfera extrajudicial essa escolha, embora não admita rediscussões indefinidas, é tomada pelo próprio administrador que detém a legitimidade para fazê-la (excepcionando-se, em regra,²⁹⁸ a atuação de Tribunais de Contas e agências reguladoras, como pontuado na nota de rodapé anterior).

Essa maior legitimação democrática das medidas tomadas extrajudicialmente (em cotejo com soluções impostas judicialmente ao arrepio da vontade do administrador) não significa, claro, que não se façam necessários mecanismos de controle da validade da atuação de eventuais interlocutores que porventura influenciem o gestor em seu processo decisório.

Quais são, pois, esses mecanismos?

De plano é possível observar que os órgãos acima citados (e melhor discriminados no item 6.2.), integrantes que são do aparato estatal, submetem-se às formas de controle da Administração como um todo.

Vale dizer, sujeitam-se ao mesmo rol de princípios regentes da atividade administrativa – dentre os quais se destacam a legalidade estrita, com os deveres correlatos de motivação e autotutela,²⁹⁹ e a publicidade –, e são submetidos, eles próprios, a protocolos e limites de atuação, bem como a mecanismos correccionais internos e a aparatos variados de controle externo.

Sem entrar na particularização da estrutura administrativa de cada órgão – o que alargaria por demais a explanação do ponto –, é possível referir como um primeiro mecanismo basilar de controle a supervisão hierárquica (interna) acerca do respeito aos limites de atribuição de cada agente – com verificações tanto de ofício, inclusive por meio de correições periódicas, quanto mediante provocação.

Há em regra normas delimitadoras de protocolos formais de atuação, bem como, não raras vezes, publicação de entendimentos consolidados pela administração superior acerca de procedimentos a serem seguidos e sobre temas afetos à atividade finalística, entendimentos estes que, se nem sempre são

²⁹⁸ A salvaguarda à situação de Tribunais de Contas e agências reguladoras se dá apenas em regra pelo fato de que é possível que a mera exteriorização de seu posicionamento institucional já seja suficiente para imprimir modificações de políticas públicas pelo gestor, que em tais situações aderirá à posição do órgão de controle de maneira efetivamente voluntária.

²⁹⁹ A autotutela configura, em verdade, um poder-dever da Administração.

de observância obrigatória por toda a estrutura administrativa do órgão, no mínimo servem como baliza uniformizadora de posicionamentos.

São ilustrativos dessa realidade, por exemplo, os enunciados do Ministério Público Federal,³⁰⁰ os do Ministério Público do Trabalho³⁰¹ e os da Defensoria Pública do Estado da Bahia,³⁰² bem como as notas técnicas e orientações preventivas da Procuradoria Geral do Estado de Goiás.³⁰³

Nota-se, pois, que vem sendo trazida para a esfera administrativa desses órgãos a prática há muito adotada no âmbito do Poder Judiciário, de edição de súmulas de entendimento consolidado, com o papel de viabilizar maior segurança jurídica, a partir da publicação de posições da instituição como um todo – evitando com isso casuísmos.³⁰⁴

A existência de correições e inventários periódicos³⁰⁵ presta-se a viabilizar um controle permanente das atividades dos órgãos, inclusive sob o ponto de vista da efetiva adesão ou não aos entendimentos consolidados.

Sem prejuízo, há a possibilidade de que qualquer interessado leve ao conhecimento da Corregedoria ou da Ouvidoria dos órgãos eventuais irregularidades vislumbradas na atuação de qualquer agente.

³⁰⁰ Há enunciados emitidos pelas várias câmaras temáticas da instituição, com o papel de conferir maior uniformidade à atuação dos membros. A título de exemplo, vide <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atos-e-publicacoes/enunciados> e <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/enunciados>. Cabe também referir a existência de orientações procedimentais pela corregedoria da instituição: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/sobre/estrutura/corregedoria/atos-e-normas-1/provimento-cmpf-no-01-15-diretrizes-da-corregedoria>. Acesso em 25.03.2018.

³⁰¹ Podem ser lidos em http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/823adb40-fe38-4b3f-9419-ce3702c1682f/Enunciados+CCR.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m8GC2Tt. Acesso em 25.03.2018.

³⁰² Vide, e.g., http://defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=2&modulo=eva_conteudo&co_cod=10373 e http://defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/portaria_004.2015.pdf. Acesso em 25.03.2018.

³⁰³ Vide <http://www.pge.go.gov.br/post/ver/149080/orientacoes-preventivas> e <http://www.pge.go.gov.br/post/ver/149079/notas-tecnicas>.

³⁰⁴ A doutrina chama a atenção para a relevância dessas diretrizes de uniformização da atuação institucional, materializadas, por exemplo, na forma de programas de ação e pautas de prioridades: "É em função desta grande capacidade de alimentar os 'fluxos de deliberação' do sistema político que ganham relevo as 'políticas internas' do Ministério Público, materializadas pelo estabelecimento de programas de ação e pautas de prioridades (...)" (CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 276).

³⁰⁵ No âmbito do Ministério Público a obrigação de correições e inspeções vem trazida na Resolução CNMP nº 149/2016, contando com regulamentações específicas em cada ramo. Sem prejuízo, há normas que determinam também a realização de inventários ordinários e extraordinários – no Ministério Público Federal, por exemplo, vide Ato Ordinário nº 2/2013, da Corregedoria do órgão.

Para além disso, há em muitos casos necessidade de mais de uma manifestação para conferir validade ao ato, o que também se presta a conferir maior controle sobre a uniformidade do entendimento encampado pela instituição, já que um mesmo órgão superior terá de validar os posicionamentos externados por agentes atuantes na ponta da cadeia administrativa.

A título de exemplo, no âmbito do Ministério Público há necessidade de homologação, por instância revisional, de arquivamentos de procedimentos de tutela coletiva – dispensando-se a homologação apenas em hipóteses específicas, como no caso de se usar como fundamentação entendimento sumulado administrativamente. No âmbito ministerial o ato de arquivamento é, pois, em regra configurado como complexo.

Caso referido arquivamento seja decorrente do acatamento de recomendação ou da assinatura de compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação ou o TAC serão naturalmente revisados pela instância incumbida de apreciar a promoção de arquivamento,³⁰⁶ o que viabiliza, em última medida, fiscalização sobre o adequado manejo desses instrumentos.

Sem prejuízo dessa necessidade de reapreciação por instância revisional, sempre que o procedimento for instaurado em razão de representação apresentada por qualquer cidadão, o autor da comunicação inicial deve ser comunicado acerca do arquivamento para que avalie a apresentação de eventual recurso – à luz de cujas considerações será possível inclusive a retratação do arquivamento pelo próprio órgão que o promoveu.

Se, ao invés do arquivamento, a opção foi pela judicialização do tema (referimo-nos especificamente à atuação do Ministério Público), o controle da pretensão será feito pelo Poder Judiciário.

Não cabe aqui o enfrentamento da realidade existente em todos os órgãos tratados neste estudo, o que fugiria do escopo da exposição.

O que importa ressaltar neste ponto é que há mecanismos, no âmbito de todos eles, voltados a dar maior embasamento institucional às conclusões alcançadas, imprimindo, por consequência, uma uniformidade mínima de entendimento.

³⁰⁶ Apenas no âmbito do Ministério Público do Trabalho há exceção a essa sistemática. Nesse ramo, se o arquivamento é decorrente da assinatura de TAC não há submissão à homologação revisional.

Nas advocacias públicas, por exemplo, há, em regra, sistemática de apreciação revisional de pareceres jurídicos, que são usualmente submetidos à aprovação (ou não) de órgão superior.

Em manifestações juridicamente conclusivas, portanto, em muitos casos a atuação não é isolada – o que evita voluntarismos, notadamente quando maior o alcance da solução propugnada.

Em Tribunais de Contas, as questões apreciadas passam por análise de auditorias, da Procuradoria de Contas e são depois decididas de maneira colegiada pelos ministros ou conselheiros, sendo ainda sujeitas a impugnações e recursos por parte dos interessados.

São pois, diversas as sistemáticas de controle interno da atuação desses órgãos, e o fato é que, independentemente de sua conformação mais ou menos incisiva, fazem-se sempre presentes.

Para além desses aparatos internos, há ainda controle administrativo externo em alguns casos – como se dá no âmbito do Ministério Público (controlado externamente pelo CNMP) e das agências reguladoras (submetidas à supervisão finalística do Ministério ao qual se ligam).³⁰⁷

Sem prejuízo, há sempre a possibilidade de questionar-se judicialmente a atuação de quaisquer dos órgãos estudados, o que não deixa de configurar também um mecanismo – inafastável – de controle externo.

Nesse caso o controle se dá *a posteriori* e tem o condão de inibir e reprimir, com grande eficácia, eventuais excessos ou desvios de conduta, bem viabiliza o questionamento de irregularidades de quaisquer naturezas – cumprindo lembrar que podem ser cumuladas medidas incidentes em esferas distintas de responsabilização (vale dizer, providências tomadas no campo judicial não impedem encaminhamentos no campo funcional ou disciplinar).

Nota-se, pois, que existem mecanismos diversificados de controle interno e externo, que podem incidir preventiva ou corretivamente, pautando a atuação dos órgãos de controle da Administração.

³⁰⁷ Vale observar que esse controle finalístico dos Ministérios (órgãos da Administração direta) é externo pelo fato de que as agências reguladoras possuem natureza autárquica – com personalidade jurídica, pois, própria.

O objeto passível de ser controlado é amplo – indo desde a legitimidade do órgão para a intervenção em dada matéria³⁰⁸ até a validade dos meios adotados para tanto.³⁰⁹

Tratando-se de direitos sociais, soma-se a todos esses mecanismos o papel fiscalizatório exercido pela própria população interessada.

A participação e a vigilância social no campo dos direitos sociais se prestam, pois, não apenas a potencializar a efetividade do papel desempenhado pelos atores atuantes nesse campo (aspecto que discutiremos com mais vagar no próximo capítulo), mas também a delimitar o alcance de suas atuações, servindo ainda de parâmetro de legitimidade das medidas tomadas.

Assim como o gestor e os parlamentares devem ser responsáveis aos reclamos populares e estarem sempre abertos a ouvi-los continuamente, também os operadores de quaisquer dos órgãos legitimados ao debate jurídico de direitos sociais devem sempre estar atentos à necessidade de dar espaço à participação popular e de prestar contas, de maneira transparente, das atividades realizadas.

É a sociedade, afinal, a grande responsável pela luta por seus direitos, e nenhum órgão estatal por ela criado pode se substituir a esse papel, ou pretender a detenção isolada da verdade acerca dos melhores caminhos a adotar relativamente à condução da coisa pública.

No sentido ora proposto, reconhecendo que a atuação institucional do Ministério Público, ainda que exitosa e frutífera, não resolve sozinha as mazelas sociais:

"De qualquer sorte, devemos admitir que o Ministério Público não representa necessariamente a solução de todos os problemas na tutela dos direitos transindividuais.

Não se pode de forma alguma amesquinhar o fundamental papel que a sociedade tem na construção de uma ordem jurídica justa. A existência de cidadãos conscientes de seus direitos, com capacidade de se organizarem para obter a consecução de seus objetivos sociais, com poder de controlar os órgãos públicos, inclusive o Ministério Público, é que pode ser o diferencial na efetiva tutela dos direitos transindividuais. A existência de um Ministério Público verdadeiramente apto à defesa dos direitos da sociedade guarda correspondência com uma sociedade organizada e forte".³¹⁰

³⁰⁸ É o caso, por exemplo, do controle da legitimação da Defensoria Pública para adoção de medidas no campo da tutela coletiva que extrapolem os limites finalísticos de sua roupagem institucional.

³⁰⁹ Fazemos remissão aqui ao quanto discutido na exposição relativa aos instrumentos de atuação, notadamente no que concerne a requisitos formais de validade porventura incidentes.

³¹⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74.

Em suma, por maiores que sejam os espaços de influência estatal, atuações institucionais não resolvem, por si sós, os problemas sociais.

O sucesso da intervenção extrajudicial de atores estatais nesse campo depende, pois, de maneira diretamente proporcional, do constante controle social e da contínua participação da população afetada.

A fim de resguardar a possibilidade de controle por qualquer pessoa – que eventualmente entenda pela inviabilidade de disposição do interesse público na forma traduzida na solução adotada extrajudicialmente –, seja no próprio plano administrativo, seja no âmbito judicial, faz-se imprescindível que seja resguardado, de forma permanente, facilitada e no maior grau possível, o acesso público às informações relativas às práticas empreendidas.

O interessado deve ter, pois, garantia de ciência e de colheita de dados para eventual impugnação, bem como deve ter acesso a canais de manifestação junto à própria instituição responsável pelo ato.

A transparência assume aqui, portanto, papel essencial, consubstanciando patamar mínimo para a viabilização de um adequado “controle do controle” – seja pela própria população, seja por outros órgãos.

A ampla publicidade viabiliza ainda maior eficiência às atuações, na medida em que, ao permitir o conhecimento por outros atores, pode ensejar possíveis práticas concertadas no mesmo sentido, em prol de uma efetivação mais significativa dos direitos em discussão.

Alguns dos atores atuantes nesse campo vêm procurando se alinhar a esse padrão.

No âmbito do Ministério Público, por exemplo, é obrigatória a publicação do extrato de compromissos de ajustamento de conduta firmados, incluindo disponibilização, no sítio da instituição, do inteiro teor do ajuste firmado – salvo situações excepcionais devidamente justificadas (resolução CNMP nº 179/2017, art. 7º, *caput* e § 1º).

No caso de recomendações inexistente uma tal imposição normativa, mas em regra o instrumento é acompanhado de ampla publicidade – até porque o conhecimento de seu teor pela população afetada impacta positivamente a probabilidade de seu acatamento pelo destinatário.

O fato é que se a publicidade já é princípio inerente a toda a atividade da Administração, justifica-se seu resguardo com muito maior rigor em matéria de direitos sociais, dado o interesse público no conhecimento amplo de medidas tomadas nesse âmbito.

Em razão desse aspecto é que alguns dos principais órgãos atuantes extrajudicialmente nesse campo vêm procurando resguardar no maior grau possível a transparência de seus trabalhos, independentemente de haver – como vimos no caso do TAC – previsão normativa específica que o imponha. Cabe aqui mencionar, por exemplo, a disponibilização, pela internet, da íntegra de compromissos de ajustamento de conduta e de recomendações expedidas pelo Ministério Público Federal, bem como a especificação das audiências públicas realizadas pelo órgão.³¹¹ Também o Ministério Público do Trabalho disponibiliza informações com o mesmo grau de transparência.³¹²

Cumprir reconhecer, porém, que nem todos os órgãos que intervêm nesse campo disponibilizam informações tão detalhadas acerca de suas respectivas atividades finalísticas.

Não é incomum, pois, observar a disponibilização, nos respectivos portais na internet, apenas de dados estatísticos,³¹³ ou mesmo a abertura do acesso a determinadas informações apenas mediante consultas processuais específicas.³¹⁴

Ainda há, pois, muito por melhorar, sendo certo que nem todos os atores vistos estão no mesmo patamar de transparência,³¹⁵ não obstante a lei de acesso à informação (lei nº 12.527/2011) tenha trazido disposições voltadas a imprimir mudanças de paradigma nesse campo.

³¹¹ Vide: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/termos-de-ajustamento-de-conduta>, <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/recomendacoes-expedidas> e <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/audiencias-publicas>.

³¹² Vide <http://portal.mpt.mp.br/MPTtransparencia/pages/portal/tacs.xhtml>, <http://portal.mpt.mp.br/MPTtransparencia/pages/portal/recomendacoes.xhtml> e http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia.

³¹³ É o caso, por exemplo, da Defensoria Pública da União, que informa o total de atendimentos realizados mas não traz maiores especificações sobre a atividade finalística desempenhada, notadamente no campo da tutela coletiva de direitos. Situação similar é verificada no sítio eletrônico da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que não traz maior detalhamento acerca de providências finalísticas.

³¹⁴ É o caso do Ministério Público do Estado de São Paulo, que disponibiliza, no caso de TACs, planilha com os números dos respectivos processos, de modo que eventuais interessados devem promover consulta processual de cada número para ter acesso ao teor do ajuste firmado.

³¹⁵ No caso do Ministério Público do Estado de São Paulo, por exemplo, não foi possível localizar o teor de recomendações expedidas pelos membros, apenas aquelas oriundas do Procurador-Geral de Justiça.

O fato é que a defesa de dados abertos governamentais – hoje em voga nas modernas discussões do direito administrativo –³¹⁶ deve estender-se também aos órgãos de controle, dado que eles próprios se encontram inseridos no aparato estatal e são mantidos por recursos públicos.

Na mesma linha, também se colocam como paradigmas a serem buscados na conformação desses órgãos as noções de governança pública e “accountability” – conceitos atuais de certo modo ligados à mesma ideia de transparência, e cujo enfrentamento mais detido escapa aos propósitos deste estudo, o que não significa não mereçam referência no contexto da discussão ora empreendida, como parâmetros que devem pautar, no plano ideal, também a atividade de órgãos de controle da Administração.

No mais, como veremos no capítulo seguinte, a atuação estatal na efetivação de direitos sociais, especialmente no campo extrajudicial, é influenciada e condicionada pela postura adotada pela sociedade no exercício de sua cidadania participativa.

Nesse contexto, a abertura permanente aos influxos da população deve pautar a atuação dos órgãos de controle como um todo, até porque não é deles, mas da sociedade, a palavra final acerca do melhor caminho a seguir em matéria de direitos que tocam a toda a coletividade.

6.6. Casos concretos de atuação estatal

Vistos os contornos jurídicos dos instrumentos à disposição dos atores estatais inseridos no debate não judicial de direitos sociais, revela-se oportuna a exposição de experiências exitosas nesse campo, até como forma de ilustrar os diferentes modos com que tais instrumentos podem ser manejados, de maneira isolada ou conjunta.

Um primeiro caso concreto que merece ser referido é o projeto “Ministério Público pela educação” (MPEduc), idealizado no âmbito do Ministério Público Federal (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão) para ser

³¹⁶ Vide, sobre o tema, as didáticas considerações do Tribunal de Contas da União em informe disponibilizado no link <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B36E7016F34&inline=1>. Acesso em 25.03.2018.

executado em parceria com o Ministério Público dos Estados, com vistas à melhoria da educação básica na rede pública de ensino.

Lançado em abril de 2014, o projeto resultou, segundo levantamento efetivado até junho de 2016, na expedição de 1.127 recomendações e na realização de 113 audiências públicas e de visitas a 528 escolas, alcançando 253 municípios nos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal. Conforme dados divulgados em agosto de 2016, a iniciativa se fez presente em 6.268 escolas de todo o país, beneficiando mais de 1,9 milhão de alunos e 113,7 mil profissionais de educação.³¹⁷

A atuação idealizada em referido projeto passa inicialmente pela elaboração – a partir de reuniões, questionários, vistorias e audiências públicas – de diagnóstico acerca da qualidade do ensino em dada localidade, apurando-se com isso as principais demandas da sociedade nessa matéria.

São expedidas então recomendações aos gestores públicos, com vistas à realização das melhorias necessárias.

Após o término do prazo estipulado para cumprimento das recomendações, são realizadas novas audiências públicas com o fito de informar a sociedade acerca dos trabalhos desenvolvidos, bem como sobre as providências adotadas e não adotadas pelos gestores.

A ampla publicidade dada ao programa bem como a participação direta da população afetada – viabilizando com isso um controle social da política pública – termina por trazer maior responsividade por parte do gestor, gerando resultados rápidos e satisfatórios.

Com isso são obtidas melhorias visíveis – que vão desde a infraestrutura dos estabelecimentos de ensino até os aspectos pedagógicos, passando pela alimentação escolar –, inclusive e especialmente com a elevação das escolas no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), sem a necessidade de qualquer intervenção judicial.³¹⁸

Para além disso, a atuação exclusivamente extrajudicial efetivada por meio de projeto nos moldes do MPEduc, notadamente em razão de seu

³¹⁷ Fonte: http://mpeduc.mp.br/admin/destaques/mpeduc-balanco-revela-quase-dois-milhoes-de-alunos-beneficiados-pelo-projeto-1/mostra_destaque. Acesso em 14.06.2017.

³¹⁸ A título ilustrativo, no município de Alto Alegre, no estado de Roraima, o projeto resultou na reforma de escolas e creches, além da criação de salas com recursos multifuncionais e da implementação de programa alimentar baseado no cultivo de hortas escolares. Informações extraídas do *link* referido na nota anterior.

caráter coordenado entre unidades ministeriais de todo o país, representa não apenas ganho de tempo e de eficiência em relação à abordagem judicial, mas também ganho de escala em termos de abrangência territorial dos efeitos observados.

Com efeito, o processo judicial implicaria a necessidade de observância a limites mais rígidos de competência territorial e a trâmites procedimentais mais morosos – bem como enfrentaria notável resistência por parte da Administração Pública, por meio de sua representação judicial, sob o fundado argumento de que não é viável a imposição, pela via judicial, de política pública cuja definição deve remanescer com os poderes democraticamente eleitos.

Nesse contexto, a mudança de foco da abordagem, de um viés processual-beligerante para uma ótica consensual e trabalhada com o peso do controle social – potencializado pela publicidade da atuação –, mostra-se muito mais efetiva e sem mácula à separação de Poderes, já que o gestor público atuará por sua própria escolha, construindo conjunta e voluntariamente as soluções passíveis de serem adotadas, e não de maneira impositiva.

A descrição trazida pelos próprios idealizadores do projeto ilustra bem esse cenário, demonstrando, na linha do quanto se defende no presente estudo, o peso dessa mudança de perspectiva no enfrentamento da problemática atinente à efetivação de direitos sociais, como é o caso do direito à educação:

*“O Projeto Ministério Público pela Educação contribui para o aperfeiçoamento da Justiça na medida em que consegue auferir resultados efetivos, extrajudicialmente, na área da educação básica sem a necessidade de judicializar demandas e sobrecarregar o Poder Judiciário. Com um modelo de atuação voltado para a conciliação, diálogo e parceria com o poder público e a sociedade, o Projeto consegue, de maneira simples e rápida, obter mudanças significativas na rede de ensino público. Mudando o paradigma de litigiosidade judicial que é uma das marcas tradicionais do Ministério Público brasileiro, acostumado com a propositura de ações civis públicas, o Projeto abre as portas para o diálogo com as Secretarias de Educação que, notando a mudança de paradigma, têm se mostrado sensíveis às demandas apresentadas pelo MP e realizado melhorias voluntariamente nas escolas públicas”.*³¹⁹

Ainda em matéria de acesso à educação cabe citar outra atuação, desta feita do Ministério Público estadual em Sergipe.

³¹⁹ Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/mpeduc-ministerio-publico-pela-educacao-20140530110426123587>. Acesso em 14.06.2017.

A partir da constatação de cerca de 2 mil crianças e adolescentes sem ter onde estudar, o órgão conseguiu, por meio da assinatura de termo de ajustamento de conduta (TAC) com diversos atores,³²⁰ implementar na via extrajudicial a construção da maior escola pública do estado (Centro Educacional Vitória de Santa Maria, com 3.200 alunos matriculados), bem como a construção de um fórum e a construção, num bairro carente e violento de Aracaju (Sergipe), de um centro integrado de segurança pública.³²¹

Trata-se de atuação com evidentes ganhos em matéria de direitos sociais e que muito provavelmente não teria o mesmo êxito caso tivesse sido buscada pela via judicial – especialmente porque as medidas implementadas, por exigirem dispêndios financeiros e não estarem previstas em lei, passam por decisões alocativas de cunho político que não podem prescindir da anuência do Poder Público, não sendo passíveis de serem impostas pelo Poder Judiciário, exatamente em razão de não consubstanciarem meio *único* de implementação dos direitos sociais subjacentes à questão tratada.

Outro caso bem ilustrativo das potencialidades da atuação extrajudicial liga-se à busca da concretização do direito à saúde no meio ambiente do trabalho.

O Ministério Público do Trabalho em Caxias do Sul-RS firmou oito termos de ajuste de conduta (TACs) com todos os frigoríficos localizados na Serra Gaúcha, tendo por objeto a gestão de saúde e de segurança do trabalho. Além da colheita de compromissos a serem cumpridos por parte dos frigoríficos envolvidos, foram abarcados nos ajustes diversos órgãos públicos atuantes na matéria, com vistas a resguardar a eficácia e a perenidade das soluções alcançadas.

Assim é que os ajustes previram a adequação de condutas também do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), do Programa de Controle

³²⁰ Governos Federal, Estadual e Municipal, bem como Poder Judiciário e empresas da iniciativa privada.

³²¹ Maiores detalhes acerca da atuação constam do endereço <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//o-ministerio-publico-o-estado-a-sociedade-civil-e-a-construcao-da-maior-escola-publica-de-0-a-18-anos-de-sergipe-a-construcao-de-um-forum-e-de-um-centro-integrado-de-seguranca-publica-no-bairro-mais-carente-e-violento-da-capital-aracaju>.

Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e da Análise Ergonômica do Trabalho (AET).

Os TACs em questão foram resultado de ampla atuação extrajudicial, que abarcou operações, inspeções e monitoramentos em avícolas e frigoríficos bovinos e suínos, bem como fábrica de rações, com expedição de recomendações e também com atuações pelos órgãos de fiscalização que foram chamados a atuar em conjunto – resultando até mesmo em interdições de alguns estabelecimentos.³²²

O impacto de uma tal atuação é significativo, pois possui repercussão não apenas nos direitos sociais dos trabalhadores – notadamente em matéria de saúde no trabalho –, mas também efeitos preventivos de maiores gastos com acidentes de trabalho e com doenças ocupacionais – prevenindo, pois, gastos públicos em matéria de saúde e previdência social –, além de representar melhoria da própria qualidade sanitária dos produtos, em prol da saúde dos consumidores.

As medidas empreendidas são representativas de um esforço institucional no sentido da melhoria das condições de trabalho em frigoríficos – conforme pode ser lido do relatório atinente ao Projeto de Adequação das Condições de Trabalho nos Frigoríficos –,³²³ e demonstram como muitas vezes revela-se suficiente a atuação eminentemente extrajudicial.

O relevo da temática atinente às condições de trabalho em frigoríficos é muito bem ilustrado pelo documentário “Carne, Osso”,³²⁴ que retrata os danos físicos e psicológicos decorrentes de condições irregulares de trabalho – o que reforça a amplitude do impacto da atuação efetivada pelo Ministério Público do Trabalho no enfrentamento da questão.

Nota-se, a partir da eficácia dos resultados alcançados, que a implementação de direitos sociais pode ser obtida inclusive mediante interlocução com empresas particulares que assumam, em razão da natureza de suas

³²² Maiores informações podem ser obtidas no sítio eletrônico <http://www.prt4.mpt.mp.br/procuradorias/ptm-caxias-do-sul/5591-todos-os-frigorificos-da-serra-firmam-tac-com-mpt-em-caxias-do-sul>. Acesso em 14.06.2017.

³²³ Para maiores detalhes, vide https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/a161e02f-408e-409b-85b8-ebc04e68e3fb/Adequa%C3%A7%C3%A3o+das+condi%C3%A7%C3%B5es+de+trabalho+nos+frig%C3%ADficos.pdf?MOD=AJPERES.

³²⁴ Maiores detalhes sobre referida produção – inclusive vencedora de prêmios – podem ser encontrados no endereço <http://carneosso.reporterbrasil.org.br/>. Acesso em 14.06.2017.

atividades, a condição de titulares de *deveres* em matéria social, como veremos no capítulo seguinte.

Outro projeto que merece ser mencionado, especialmente em razão da abrangência territorial dos avanços dele decorrentes, é o do Ranking Nacional da Transparência.

Por meio de referida iniciativa, idealizada no âmbito do Ministério Público Federal, busca-se a implementação do direito de acesso à informação – notadamente através da transparência das contas públicas –, o que não deixa de ser um direito social, na medida em que titularizado difusamente por toda a sociedade.

Foram avaliados os portais de transparência de todos os municípios brasileiros, com a atribuição de notas alcançadas a partir do atendimento ou não a uma série de itens cuja divulgação pública é imposta pela legislação.

A partir das notas foi elaborado um ranking nacional dos municípios, classificados segundo o grau de transparência das informações públicas, com disponibilização pela *internet*.

Daí adveio a expedição de diversas recomendações com vistas à adequação dos pontos lacunosos.

Após escoado o prazo assinalado foi efetivada nova avaliação dos portais e chegou-se à constatação de que no intervalo de apenas seis meses e sem o ajuizamento de qualquer ação judicial foi elevado em cerca de 33% o índice nacional de transparência.³²⁵

Como etapa subsequente o projeto previu, dentre outras medidas,³²⁶ a expedição de recomendação à União para suspensão das transferências voluntárias aos Municípios que descumpriram a legislação de transparência, nos exatos termos do art. 73-C da lei de responsabilidade fiscal (LC 101/2000).

O fato é que o projeto é ilustrativo da potencialidade da atuação extrajudicial, notadamente quando efetivada de maneira coordenada entre diversas unidades ao longo do território nacional – suplantando com isso as

³²⁵ Fonte: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking/mapa-da-transparencia/ranking/resultados>. Acesso em 14.06.2017.

³²⁶ Uma das medidas subsequentes previstas é a judicialização da questão relativamente a municípios renitentes na adequação integral de seus respectivos portais. Maiores detalhes acerca do projeto constam no seguinte endereço eletrônico: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking/o-projeto-new/ranking/mapa-da-transparencia>. Acesso em 14.06.2017.

barreiras de competência territorial que restringem a atuação judicial – e quando potencializada pelo uso da ampla publicidade da atuação, viabilizando com isso o controle social dos resultados almejados.

Num tal projeto foi possível inclusive, em diversos compromissos de ajustamento de conduta firmados com os municípios, obter a propositura, pelo Prefeito Municipal, de projetos de lei voltados à melhoria da transparência das contas públicas municipais.

A lógica por trás dessa iniciativa, implementada inicialmente junto aos entes municipais, é passível de ser replicada para inúmeros outros entes públicos estaduais³²⁷ e federais, viabilizando o alcance, de maneira ágil e eficaz, de resultados que na via judicial dificilmente teriam o mesmo grau de celeridade e abrangência.

Outros casos diversos merecem ser citados, representativos de atuações em temáticas variadas.

É o caso de TACs versando sobre a implementação de acessibilidade a pessoas com deficiência.

Merecedor de destaque nessa matéria é o TAC firmado inicialmente pelo Ministério Público Federal em conjunto com os Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, junto à Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e a diversos bancos, com previsão de medidas diversas a serem implementadas nos prazos convencionados,³²⁸ com vistas à disponibilização, pelas instituições financeiras signatárias, de plena acessibilidade bem como de atendimento prioritário a pessoas com deficiências física, visual, auditiva e mental.³²⁹

Inicialmente abarcando apenas os bancos privados localizados em Minas Gerais e São Paulo – tendo abrangência nacional apenas quanto aos

³²⁷ Note-se que, no caso de entes estaduais, a atribuição primária é do Ministério Público estadual.

³²⁸ O ajuste previu cumprimento nos seguintes termos: no que toca às agências já em funcionamento na data da assinatura, adaptação de no mínimo 30% do total de agências no prazo de 6 meses, mais 30% em até 12 meses da assinatura e os outros 40% restantes em até 15 meses da assinatura do TAC. Quanto aos Postos de Atendimento Bancário, os dois primeiros prazos eram idênticos, ao passo que a adaptação dos 40% restantes deveria se dar em 24 meses contados da assinatura do ajuste. Além disso, o ajuste previu prazo para adaptação ou substituição também dos caixas eletrônicos.

³²⁹ A íntegra do ajuste pode ser lida no endereço <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/arquivos/inclusao-para-pessoas-com-deficiencia/acessibilidade/acessibilidade-instituicoes-financeiras/atuacao/TAC-FEBRABAN>. Acesso em 14.06.2017.

bancos controlados pela União –, posteriormente referido ajuste contou com a adesão de instituições financeiras privadas de outros Estados, a partir da atuação dos respectivos Ministérios Públicos estaduais.

Note-se que nesse caso a atuação se deu (também) junto a entes privados, o que não afasta a natureza social do direito implementado.

Atuação outra em matéria de acessibilidade foi implementada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, através da Promotoria com atuação no Município de Osório. Inicialmente foram feitas interlocuções junto a diversos órgãos públicos com vistas à promoção de acessibilidade arquitetônica, o que resultou em reformas nos prédios da Câmara de Vereadores, da Prefeitura, de escolas municipais, de postos de saúde e da biblioteca pública. Também a partir da atuação ministerial na via extrajudicial foram efetivadas reformas para a acessibilidade de estabelecimentos comerciais diversos.

Por fim, foi assinado TAC com a Prefeitura local para notificação, por edital, de todos os proprietários de prédios e terrenos localizados em ruas pavimentadas e com meio-fio, para que estes pavimentassem os respectivos passeios públicos e os mantivessem em bom estado de conservação. Adicionalmente, o Município assumiu o compromisso de fiscalizar o mínimo de cem imóveis por mês, encaminhando, ao Ministério Público local, relatórios acerca das vistorias.

Também houve atuação local no que toca à adaptação do transporte coletivo urbano.

Com essa atuação eminentemente extrajudicial³³⁰ do Ministério Público local foi possível progressivamente alterar toda a paisagem urbanística do município em questão – que conta com pouco mais de 40 mil habitantes.³³¹

Nota-se que em ambos os TACs que versaram sobre a questão da acessibilidade a pessoas com deficiência foi possível a obtenção de resultados céleres e satisfatórios – assegurando a fruição do direito difuso em questão – a partir de uma atuação dialógica e consensual bem-feita, que se mostrou em grande medida resolutiva sem a necessidade de adoção de medidas judiciais.

³³⁰ A adoção de medidas judiciais foi deixada para o plano secundário, como meio subsidiário de atuação para as hipóteses em que infrutíferas as tentativas de solução consensual do problema.

³³¹ Maiores detalhes constam do endereço <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//osorio-um-projeto-de-acessibilidade-20150505234852776126>. Acesso em 14.06.2017.

Outro exemplo marcante de atuação extrajudicial – desta feita não decorrente da atuação do Ministério Público mas sim da Defensoria Pública – é o projeto “Energia que dá vida”, por meio do qual a Defensoria estadual do Ceará firmou acordo com a concessionária de energia daquele Estado com vistas ao perdão de dívidas de energia elétrica de pessoas com quadros graves de saúde, que haviam sido transferidas do Hospital Público de Messejana para seus respectivos domicílios para cederem leitos a outros doentes. Apurou-se que em razão da necessidade de uso de aparelhos por parte dos pacientes, as contas de energia elétrica das famílias aumentavam significativamente, o que levou diversos desses pacientes a desligar os próprios aparelhos, cometendo suicídio, a fim de não acumular dívidas para suas famílias, em situação de baixa renda.

Nesse contexto, a Defensoria Pública local realizou tratativas junto à concessionária de energia, resultando na celebração de acordo por meio do qual foram perdoadas dívidas de famílias nessa situação. Além disso, os cálculos dos gastos decorrentes do uso dos equipamentos vitais passaram a ser feitos de maneira separada, de modo a não serem cobrados os gastos com saúde.

Nota-se que um tal resultado tem evidentes reflexos sociais – representando a garantia do próprio direito à saúde de pacientes em estado grave e em condições de acentuada vulnerabilidade socioeconômica – e dificilmente seria obtido a partir de demanda judicial, até porque um tal cenário foge à lógica processual, em que seria necessário demonstrar a existência de *direito* à não cobrança de dívidas de energia decorrentes do uso de aparelhos vitais, direito este que não é positivado, somente sendo alcançável a partir da ponderação dos valores em jogo.

Outro interessante exemplo de atuação extrajudicial bem-sucedida decorreu da atuação do Ministério Público Federal no Pará, atuação esta que recebeu o nome de “Carne Legal”.

Foi constatado que a maior parte do desmatamento da região amazônica se dava no Estado do Pará, sendo que 78% do desmatamento tinha por finalidade a abertura de pastos para rebanhos.

Apurou-se ainda que, em 2009, das cerca de 200 mil propriedades rurais do Estado, apenas 69 possuíam licença ambiental, e que cerca de 6102 títulos de terra continham irregularidades, o que significava possível grilagem em

cerca de 110 milhões de hectares, dos 124 milhões que compõem a extensão territorial total do Estado do Pará.³³²

Verificou-se ainda que no Estado do Pará se concentrava a maior parte dos casos de redução a condição análoga à de escravos: dos 31,7 mil trabalhadores libertados entre 1995 e 2008 no Brasil, 10,7 mil estavam no Estado do Pará.

Além disso, verificou-se que das 44 fazendas constantes da “lista suja” do trabalho escravo publicada em 2009, 38 eram de criação de bovinos.

A partir desse cenário foram identificadas as fazendas com maior passivo ambiental e identificados os maiores compradores (frigoríficos e curtumes). Foram identificados também os principais varejistas adquirentes dos produtos comercializados pelos frigoríficos e curtumes em questão.

Note-se que essa atuação inicial, de coleta de informações com vistas à formação de diagnóstico acerca do cenário existente, foi viabilizada pela existência do poder de requisição, já estudado no capítulo atinente aos instrumentos de atuação extrajudicial.

Delineada a problemática e o peso – em matéria de lesão especialmente a direitos dos trabalhadores e ao meio ambiente – do conjunto de propriedades com atividades irregulares, foram expedidas recomendações para as grandes redes de supermercados para que implementassem medidas de controle de seus fornecedores e informassem aos consumidores a origem da matéria-prima.

O tema foi objeto de ampla divulgação na imprensa, com vistas à conscientização do mercado consumidor acerca da necessidade de verificar a origem lícita da carne consumida. A campanha se valeu de diversos canais – televisão, rádio, cartazes, adesivos, *Twitter*, *Youtube*, dentre outros.

Os maiores varejistas do país – grupos Pão de Açúcar, Carrefour e Walmart – suspenderam os contratos de aquisição de produtos oriundos de fazendas com passivo ambiental. Outras grandes empresas adquirentes, como Makro, Sadia, Perdigão, Gelitá do Brasil (responsável pela produção de 15% de

³³² Todos os dados indicados estão disponíveis no link http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/encontros/nacionais-da-4a-ccr/ix-encontro-tematico/documentos/caso_carne_legal_daniel.pdf. Informações sobre essa atuação também podem ser obtidas no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//o-desmatamento-na-amazonia-e-o-consumo-consciente-1354>.

toda a gelatina consumida no mundo) e Vulcabrás (uma das principais fabricantes de calçados, dona de marcas como Reebok, Olympikus e Azaleia), também assumiram o compromisso de não comercializar produtos sem controle de sua origem ambiental.

A “*International Finance Corporation*”, braço para o setor privado do Banco Mundial, cancelou contrato de R\$ 90 milhões com o frigorífico Bertin.

As calçadistas Nike e Timberland, de maneira análoga, anunciaram também não mais usar couro vindo da Amazônia sem garantia de origem legal.

O BNDES passou a cobrar dos frigoríficos financiados, como condição para apoio ao setor, a adesão a sistema de rastreabilidade bem como a verificação da regularidade socioambiental.

O Ministério da Agricultura anunciou novo sistema de rastreamento de gado para o Estado do Pará, por georreferenciamento e monitoramento por satélite.

Em face desse cenário, menos de dois meses após a divulgação da atuação foi assinado termo de ajuste de conduta com 9 grandes frigoríficos do Estado do Pará, em que se comprometeram a não comprar de fazendas que pratiquem novos desmatamentos, que sejam processadas por trabalho escravo ou condenadas por invasão de terra indígena, violência agrária ou violação de direitos de quilombolas e populações tradicionais.

Outros frigoríficos buscaram também assinar TACs com o MPF.

Os três maiores frigoríficos do Brasil - JBS/Bertin, Marfrig e Minerva - anunciaram que deixaram de comprar bovinos de 221 fazendas localizadas dentro de terras indígenas, unidades de conservação ou próximas a áreas recém-desmatadas no bioma Amazônia.

Foram celebrados TACs com os maiores frigoríficos do país, pelos quais os signatários se comprometeram a não adquirir gado bovino de fazendas que:

- a) figurassem nas listas de áreas embargadas e de trabalho escravo divulgadas na internet pelo IBAMA e pelo Ministério do Trabalho, respectivamente, ou que viessem a ser comunicadas à empresa pelo Ministério Público Federal;
- b) estivessem localizadas no Estado do Pará em locais em que ocorreram fatos geradores de ações judiciais criminais ou civis oferecidas pelo Ministério Público

Federal e/ou Ministério Público Estadual contra seus respectivos proprietários, gestores e empregados pela prática de trabalho escravo;

c) tivessem condenação judicial de primeiro grau, e até que esta não fosse reformada pelas instâncias superiores, por invasão em terras indígenas, por violência agrária, por grilagem de terra e/ou por desmatamento e outros conflitos agrários;

d) estivessem causando lesão, não compreendida nas cláusulas anteriores e apurada em procedimento administrativo do Ministério Público Federal, a interesses ligados à questão indígena, a comunidades quilombolas e populações tradicionais e desde que a lesão não tivesse sido paralisada até o momento da exclusão;

e) nas quais tivesse ocorrido desmatamento ilegal de novas áreas a partir da data de assinatura do TAC;

f) nas quais tivesse ocorrido desmatamento de novas áreas a partir da data de assinatura do TAC, salvo plano de manejo aprovado com autorização pelo órgão ambiental competente. Esta vedação deixaria de ter efeitos após dois anos da assinatura do TAC ou até que a respectiva propriedade tivesse obtido a licença ambiental.

As empresas signatárias comprometeram-se ainda a adquirir gado bovino apenas de fornecedores que apresentassem, em até 6 meses, comprovante de entrada no pedido de obtenção do Cadastro Ambiental Rural, incluindo, no mínimo, mapa com o polígono do imóvel; bem como que apresentassem, no prazo de 12 meses, pedido de licenciamento ambiental. Além disso, somente manteriam a aquisição caso os fornecedores apresentassem, no prazo de 24 meses, a licença ambiental obtida – ressalvadas hipóteses de não obtenção por culpa exclusiva do órgão público competente – e tivessem, no prazo de 60 meses, toda a sua situação fundiária regularizada – novamente ressalvada culpa exclusiva do órgão público competente.

Os TACs previram ainda que a aquisição de gado bovino somente se daria mediante guia de trânsito animal eletrônica, assim que implementada pelo Governo do Pará.

Adicionalmente, as partes signatárias – incluindo o MPF – envidariam esforços para a implementação de sistema público de rastreabilidade,

para a garantia dos dados de origem e destino do gado, desde a fazenda de produção até o consumidor final.

Diversas iniciativas outras passaram a ser replicadas, inclusive autonomamente, como corolário dos amplos reflexos dessa atuação em toda a cadeia produtiva do comércio de produtos de origem bovina – reflexos esses potencializados pela larga divulgação da atuação.

Assim é que, por exemplo, foi editada lei (nº 12.907/2009) disciplinando a rastreabilidade na cadeia produtiva da carne bovina, e foi lançado, pela Associação Brasileira de Supermercados, Programa de Certificação de Produção Responsável na Cadeia Bovina.

O Município de São Paulo, por sua vez, editou lei estabelecendo que, em licitações municipais para compra de carne, deveria ser avaliado se o produto é originário de terras invadidas, desmatadas ou embargadas por órgãos ambientais, bem como com ocorrência de trabalho infantil ou escravo.

Dentre os resultados de toda essa movimentação – iniciada, como indicado, a partir da atuação eminentemente extrajudicial de órgão de controle³³³ –, vale mencionar que em 2009 o desmatamento na Amazônia foi 42% menor do que em 2008 (a maior redução em 10 anos).

Em 2010 o número de propriedades rurais cadastradas no Cadastro Ambiental Rural foi 64 vezes maior do que o número em 2009.

Nota-se ainda que, a um só tempo, foi possível, por instrumentos extrajudiciais, tutelar direitos coletivos e difusos inseridos em diferentes esferas – quais sejam, ambiental, trabalhista, indígena e de comunidades tradicionais.

Grande parte do sucesso do caso deveu-se à estratégia, adotada pelo Ministério Público Federal, de chamar a sociedade a envolver-se diretamente na vigilância da origem da carne, tendo sido realizadas campanhas publicitárias com esse viés de estímulo ao consumo consciente, com a valorização dos produtos de origem legal.

Para além da divulgação na mídia, foi criado um site contendo a listagem das empresas compromissadas – tendo o site se prestado ainda para o recebimento de denúncias pela população acerca de novas práticas ilícitas nessa seara, como falta de condições sanitárias adequadas em abatedouros.

³³³ Houve também ajuizamento de ações, especialmente com pedidos de indenização por danos ambientais, mas os maiores resultados decorreram de rápida e eficaz atuação extrajudicial.

Nota-se, pois, o peso da publicidade da atuação como fator de potencialização de seus efeitos.

Cumprir registrar que, nesse caso, a estratégia de uso da mídia foi discutida em instância colegiada e aprovada institucionalmente – não tendo, pois, decorrido de voluntarismo dos responsáveis locais pela operação.

Outro fator do sucesso da atuação decorreu da estratégia de focar na ponta da cadeia produtiva (frigoríficos e outros grandes adquirentes), com o que foi possível vincular cerca de 110 mil fazendas às exigências legais.

A partir da estratégia adotada gerou-se uma lógica, no mercado, de busca pela publicidade positiva inerente à legalização das atividades produtivas, tanto que houve inclusive frigorífico que pediu ao MPF a assinatura do TAC com vistas à inclusão de seu nome na listagem divulgada no site.

Observa-se, pois, que a estratégia de atuação se valeu de um efeito replicador – verdadeiro ciclo virtuoso – do próprio mercado. Foram criados, notadamente pela divulgação publicitária, incentivos a que o mercado se rearranjasse e passasse a buscar, o quanto antes, a adequação aos marcos legais incidentes. A publicidade positiva passou a ter valor de mercado.

Os resultados foram notáveis, em matéria de preservação de direitos sociais e ambientais, com significativa redução dos índices de desmatamento no Estado do Pará, bem como proteção reflexa na classe de trabalhadores atuante na indústria da carne.

Estratégia similar de atuação, também exitosa, foi adotada na cadeia produtiva do ferro gusa, novamente no Estado do Pará, com vistas a garantir a origem lícita do carvão vegetal utilizado para alimentar a demanda das siderúrgicas da região do Polo Carajás.³³⁴

Apurou-se inicialmente que, para alimentar as siderúrgicas da região, proliferaram carvoarias ilegais e clandestinas, que faziam uso de desmatamento e de trabalho escravo.

Com vistas a coibir a prática – salvaguardando assim tanto o meio ambiente quanto os direitos dos trabalhadores envolvidos – foram tomadas medidas junto aos compradores de ferro-gusa com vistas a que cessassem a

³³⁴ Informações podem ser obtidas pelo link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//carvao-legalizado-medidas-de-regularizacao-socioambiental-da-cadeia-produtiva-do-ferro-gusa-combatendo-o-desmatamento-e-o-trabalho-escravo-na-origem>.

compra de ferro produzido a partir da aquisição e uso de carvão vegetal de origem ilegal – assim entendido aquele produzido a partir de desmatamento e de emprego de trabalhadores em condições análogas à escravidão.

Nesse caso houve ajuizamento de ações com proposta concomitante de TAC, mas o fato é que a resolução da questão se deu pela assinatura dos TACs – não tendo seguimento a discussão judicial.

Foram também elaboradas recomendações dirigidas aos compradores de ferro-gusa, mas só seriam encaminhadas caso os TACs não fossem assinados ou fossem descumpridos.

Dentre as cláusulas previstas nos TACs firmados estava a obrigação das siderúrgicas de cessar imediatamente a aquisição de carvão vegetal de origem ilícita ou não declarada, monitorando a cadeia de custódia de seu produto desde a origem. Além disso, foram previstos projetos de reflorestamento e planos de manejo sustentável, além do custeio de auditorias.

Também foi firmado TAC com a Secretaria de Meio Ambiente do Pará com vistas à adequada fiscalização dos compromissos assumidos.

Outra atuação digna de registro foi chamada de “Municípios Verdes”.

Houve nessa atuação acordo entre o MPF, o Estado do Pará e mais de 90 municípios, pelo qual foram estipuladas metas ambientais para os municípios, as quais, se alcançadas, ensejariam benefícios ao ente municipal e a produtores rurais locais.

Dentre as metas estão o cadastro de todos os produtores no Cadastro Ambiental Rural, a recuperação de áreas de preservação permanente e reservas legais, o manejo florestal e o reflorestamento. Dentre os benefícios estão o desembargo de áreas rurais e o acesso a linhas de crédito facilitadas (tendo sido buscado com esse viés o apoio do Banco do Brasil).

Como resultado desta atuação houve diminuição de mais de 40% dos índices de desmatamento nos municípios participantes, também sem o manejo de ação judicial.³³⁵

³³⁵ Maiores informações encontram-se no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//municipios-verdes-acordo-entre-mpf-governo-do-para-e-90-municipios-reduz-em-mais-de-40-desmatamento-na-amazonia>.

Exemplo outro de atuação extrajudicial exitosa, desta feita da Defensoria Pública do Maranhão, teve por objeto a questão do acesso ao saneamento básico.

Através de convênio com o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) daquele Estado e com o curso de engenharia civil de uma instituição local de ensino superior, foram feitas vistorias em casas e vias públicas indicadas por moradores de comunidades pobres de São Luís (Maranhão) – tendo o contato com as populações envolvidas se dado através de audiência pública.³³⁶

A partir dessas vistorias foram obtidos relatórios que permitiram interlocução junto à concessionária de água e esgoto da região, com vistas à implementação administrativa – sem necessidade de judicialização – de melhorias, o que surtiu efeitos positivos em dois bairros.

Com a repercussão da atuação e a aproximação entre a Defensoria e a concessionária do serviço público, foram iniciadas tratativas com vistas à expansão da atuação para outros bairros carentes – tendo havido inclusive a participação da concessionária em audiência pública realizada sobre o tema.

Outro exemplo de atuação extrajudicial bem-sucedida pela Defensoria Pública deu-se no município de Cantagalo, no Rio de Janeiro, em matéria de direito à saúde.

Foi firmada parceria com a Secretaria Municipal de Saúde, que designou assistente social e advogado para o acompanhamento de casos apresentados pela Defensoria Pública local para atendimento sem a necessidade de intervenção judicial.

Em síntese, a demanda é narrada em ofício da Defensoria e encaminhada com a documentação correspondente, sendo que semanalmente, em dia e hora previamente combinados, é feita reunião com o ente público municipal, que informa como a necessidade do assistido pode ser alcançada. A

³³⁶ Informações sobre o caso podem ser obtidas no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/hipervulneraveis-e-o-acesso-a-saneamento-basico-do-esgoto-ao-minimo-existencial>.

orientação é então repassada ao assistido, que consegue atendimento sem a necessidade de intervenção judicial.³³⁷

Também em outras localidades do Estado a Defensoria do Rio de Janeiro vem empreendendo esforços no sentido de buscar soluções extrajudiciais em matéria de serviços de saúde, como indica o projeto “Construindo o SUS com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro”, pelo qual foram firmados convênios com as Secretarias estadual e municipal de Saúde, bem como com os Conselhos Regionais de Medicina e de Psicologia, com vistas a viabilizar o atendimento extrajudicial das demandas levadas à Defensoria.³³⁸

Atuação similar foi desenvolvida, também no campo do acesso à saúde, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que efetivou parceria com a Secretaria de Saúde, que disponibilizou dois funcionários para atuar no prédio da Defensoria, de maneira a permitir à população o recebimento de medicamentos não localizados em postos de saúde, sem precisar entrar com ação judicial para tanto.

Tratou-se de medida simples voltada a viabilizar, tanto quanto possível, o atendimento administrativo de pleitos que, de outra maneira, seriam apresentados judicialmente, contribuindo para o acúmulo de feitos no Judiciário.³³⁹

Ainda no âmbito da Defensoria Pública, outros exemplos de atuações extrajudiciais exitosas merecem ser mencionados.

Uma delas foi a iniciativa “caravana de direitos”, pela qual a Defensoria do Rio de Janeiro deslocou-se até o Complexo do Alemão para prospectar demandas locais a serem trabalhadas prioritariamente pela atuação extrajudicial, contemplando direitos sociais como moradia, saneamento, serviços públicos de iluminação, telefonia e saúde pública, além de segurança pública.

Tratou-se de experiência piloto com o propósito de ser itinerante, de maneira a ser posteriormente levada a outros locais.

³³⁷ Maiores informações constam do endereço eletrônico <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//atuacao-extrajudicial-na-saude-publica-garantia-de-acesso-e-qualidade-aos-servicos-20150514121506272073>.

³³⁸ Vide, sobre a atuação, <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/construindo-o-sus-com-a-defensoria-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro>.

³³⁹ Informações sobre a prática constam do link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//obtencao-de-medicamentos-extrajudicialmente>.

A iniciativa foi finalizada com prestação de contas dos avanços conseguidos, bem como com capacitação de moradores locais para disseminação de informações na comunidade.³⁴⁰

Outra iniciativa merecedora de registro liga-se à busca pelo direito à saúde no Município de Petrópolis-RJ. A Defensoria local, recebendo pleitos em matéria de saúde pública, promoveu visitas de inspeção e monitoramento nos hospitais públicos e conveniados ao SUS da cidade de Petrópolis e efetivou reuniões com o Poder Público, dando ensejo à celebração de termos de ajustamento de conduta voltados a viabilizar o acompanhamento das listas de espera de internação em unidades de tratamento intensivo (UTIs), com vistas ao adequado controle da política pública.³⁴¹

Por fim, merece menção um exemplo ilustrativo do peso que a atuação não judicial de agências reguladoras pode ter na conformação de serviços de interesse público.

Trata-se da situação enfrentada pelo plenário do Tribunal de Contas da União no Acórdão 2121/2017, pelo qual se apreciou representação que questionava a validade de TAC firmado pela ANATEL junto a operadora de telefonia. Depreende-se das considerações constantes em referido julgado que a agência reguladora em questão vem fazendo ajustes com operadoras no sentido de converter multas administrativas em investimentos em infraestrutura (em montante significativamente superior ao das multas), em prol da melhoria dos serviços prestados à população – havendo a assunção de compromissos de investimentos no setor da ordem de bilhões de reais.

Independentemente de aspectos específicos acerca do ajuste julgado no acórdão em questão (envolvendo a operadora Telefônica Brasil S.A.), o fato é que o caso ilustra como agências reguladoras podem, mediante abordagens proativas e pautadas por ótica consensual, obter resultados expressivos e palpáveis do ponto de vista da melhoria de serviços prestados à sociedade no âmbito de suas respectivas áreas de fiscalização – revelando, assim, mais uma forma de implementação de direitos sociais independentemente de intermediação judicial.

³⁴⁰ https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25754/Concurso_de_pr_ticas_exitosas.pdf.
Para maior detalhamento, vide https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25752/ANDREIA_CARIUS_DE_S_.pdf.

Outras práticas inúmeras poderiam ser referidas, em matéria de efetivação extrajudicial de direitos sociais de natureza variada,³⁴² mas a exposição detalhada de todas elas fugiria dos limites do presente trabalho, ao qual a descrição de casos foi agregada apenas como forma de ilustrar, com exemplos da vida real, o alcance das possibilidades existentes nessa seara.

A exposição de casos apresentada teve o fito, pois, de trazer compreensão mais vívida quanto às possibilidades de uso dos instrumentos já estudados ao falarmos da atuação de atores estatais, demonstrando inclusive como podem ser usados de maneira combinada e mediante abordagens variadas.

³⁴² Em matéria de implementação extrajudicial de direito à moradia, vide a atuação da Defensoria Pública em São Paulo descrita no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//moradia-legal-do-conflito-ao-consenso>. Também no campo da moradia, mas desta feita pela atuação do Ministério Público de São Paulo, vide a atuação descrita no link <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//a-acao-do-ministerio-publico-na-articulacao-entre-poder-publico-e-sociedade-para-garantir-o-direito-a-moradia-digna>.

7. DIREITOS SOCIAIS E SOLIDARIEDADE

O atual texto constitucional prevê em seu artigo 3º que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e *solidária*.

Mais do que trecho isolado e ilustrativo apenas de um desejo do constituinte, o dispositivo em questão é representativo de uma diretriz que perpassa todo o texto constitucional e que deve, por isso, ser devidamente levada em conta pelo intérprete na aplicação do direito pátrio.

Por certo, já no preâmbulo da Constituição se estabelece a meta de construir uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias. E dispositivos outros variados ligam-se diretamente à noção de solidariedade, a exemplo daqueles que regulamentam os sistemas de previdência (próprio e geral), de saúde, de assistência social, de educação, bem como os que trazem estipulações atinentes à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Em variados pontos da Constituição há, pois, previsão da participação direta ou indireta da sociedade na proteção de valores caros ao interesse público.

Para além disso, o § 2º do art. 5º do texto constitucional³⁴³ estipula a aplicabilidade de direitos, garantias e princípios decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, o que atrai a incidência, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já em 1948 estipulava logo em seu artigo 1º que todos devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Atrai ainda a incidência do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), que prevê em seu art. 15 que os Estados partes se comprometem a executar programas de formação familiar pelos quais seja possível às crianças desenvolver, dentre outros valores, o da solidariedade.

³⁴³ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Essa referência em tratados – aliada à previsão em ordenamentos estrangeiros diversos, como nos textos constitucionais italiano³⁴⁴ e português³⁴⁵ – demonstra não ser particularidade do ordenamento interno brasileiro a consagração do valor da solidariedade – o que aponta para a força de um tal valor na conformação jurídica do modelo de sociedade pretendido.

Mas em que medida essa noção de solidariedade, hoje encontrada em textos constitucionais e tratados, se liga aos direitos sociais, e qual o sentido que a ela pode ser atribuído nos tempos atuais? Mais do que isso, como contribui essa noção para a tese apresentada neste estudo?

A positivação de direitos de natureza prestacional, por se voltar primordialmente ao atendimento de grupos sociais mais vulneráveis – de maneira a buscar em alguma medida minorar a desigualdade material subjacente –, guarda íntima relação com a noção de solidariedade, já que se cuida, em última medida, de atribuir a toda a sociedade o custeio do atendimento das necessidades mais básicas daqueles que individualmente não têm condições de as prover.

Com efeito, a ideia de solidariedade pode ser identificada com uma postura de comprometimento com o bem-estar alheio, e nesse sentido se presta a justificar a própria existência de direitos prestacionais voltados a garantir uma maior igualdade material entre segmentos variados do corpo social – notadamente ao se ter em conta que o custeio dessas prestações estatais decorre em grande medida de receitas tributárias que são colhidas conforme a capacidade contributiva de cada um.

O fato, porém, é que o valor da solidariedade – notadamente ao se ter em vista sua positivação constitucional como objetivo fundamental da República – não se presta apenas a embasar a legitimidade de direitos prestacionais a cargo do Estado: a noção de que se cuida é ampla o suficiente para justificar a existência de uma responsabilidade residual da própria sociedade civil pela consecução desses mesmos direitos.

Reforça essa percepção o fato de que o Estado, como estrutura racional burocrática de poder tal como hoje estabelecida, representa, em última

³⁴⁴ O artigo 2º da Constituição de 1947 afirma a existência de deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

³⁴⁵ O art. 1º da Carta de 1976 estabelece o empenho da República portuguesa na construção de uma sociedade livre, justa e solidária – redação, pois, similar à encontrada no texto brasileiro.

medida, um aparato mantido pela sociedade para servir aos interesses dela própria, sociedade – de modo que, se é interesse deste corpo social fazer valer, no maior grau possível, direitos sociais que minorem a desigualdade material entre seus diferentes estratos, e se o Estado ao qual foi atribuído esse propósito vem se revelando insuficiente para sozinho se desincumbir desse mister, então cumpre à própria sociedade chamar para si a responsabilidade de atuar complementarmente no mesmo sentido, unindo esforços com o Estado em prol de um objetivo comum.

Vimos no capítulo 2 que a positivação dos direitos sociais foi tardia na história da humanidade,³⁴⁶ tendo se consolidado apenas com a disseminação do chamado modelo de “Estado de Bem-Estar Social”, pelo qual se atribui ao poder público a função de garantir a mínima dignidade de seus cidadãos, por meio de serviços e políticas públicas que minorem a vulnerabilidade das parcelas mais carentes da população.

Houve, entretanto, no último século, com a progressiva consolidação desse modelo, a assunção cada vez maior, pelo Estado, de obrigações positivas voltadas à satisfação de uma carta de direitos cada vez mais extensa.

De fato, para fazer frente às demandas oriundas sobretudo do crescimento populacional e da evolução tecnológica da humanidade, ao longo do século XX não apenas foram sendo reconhecidos novos direitos dotados de carga prestacional, como também foram se intensificando as prestações estatais necessárias à satisfação de direitos já estabelecidos, com o que foi se avolumando cada vez mais a estrutura do Estado.

Ocorre que esse ciclo de crescimento do porte e da responsabilidade estatais não é passível de ser sustentado de maneira contínua e por prazo indeterminado, já que são finitos os recursos que financiam toda essa engrenagem.

Desse modo, ainda que tardia a positivação desses direitos – e mesmo que ainda em curso o processo de sua efetivação –, vem-se chegando já a um processo de saturação da capacidade do Estado de satisfazer sozinho todas

³⁴⁶ Como vimos, foi somente no século XX, com o amadurecimento das discussões relativas aos problemas sociais decorrentes da Revolução Industrial (século XIX) e do liberalismo – notadamente na esfera trabalhista –, que, com influência de doutrinas socialistas, passou-se a cometer ao ente estatal o papel de garantir também a fruição de direitos atinentes ao bem-estar da população, em variadas esferas da vida – como saúde, educação e lazer, bem como condições mínimas de trabalho.

as demandas sociais, a despeito dos aumentos reiterados do alcance das medidas a cargo do poder público.

Vem-se chegando, pois, a um ponto em que as demandas sociais superam a capacidade estatal de atendê-las, e diante de um tal cenário a sociedade deixa de aceitar o aumento da tributação (necessária para novos aumentos do aparato público), já que passa a vir desacompanhada de correspondente contrapartida em termos de mais fruição de direitos.

Num primeiro momento esse estado de coisas pode levar ao aumento da pressão por direitos junto ao Judiciário³⁴⁷ – movimento este que de fato ocorreu e terminou por resultar num ativismo judicial que, conforme pontuamos no capítulo 3, vem apenas intensificando o problema, ao minorar a capacidade de planejamento financeiro-orçamentário do gestor público.

Num momento subsequente, contudo, a sociedade passa a se deparar com a necessidade de repensar o próprio modelo de funcionamento social desenhado, já que a simples imposição, pelo direito (ainda que corroborada pelo Judiciário), de obrigações ao Estado não se mostra eficaz quando as receitas disponíveis não forem suficientes para seu pleno atendimento.

Esse repensar não necessariamente deve levar a um movimento de enxugamento de direitos (que seria, de resto, questionável).³⁴⁸ Há alternativas válidas, internas ao próprio sistema posto, que permitem a continuidade do projeto de sociedade traçado pelo constituinte originário – ou ao menos somam forças no sentido de viabilizar essa continuidade.

A já vista abordagem consensual no enfrentamento de direitos sociais tem algum peso nesse contexto, ao se colocar como alternativa aos impactos deletérios do ativismo judicial, permitindo que remanesça com o gestor

³⁴⁷ Nesse sentido: "(...) o declínio do Estado de Bem Estar Social ocorrido no final do século XX (...) aumentou ainda mais a pressão da cidadania sobre o Judiciário, que passou a ser visto como o 'último bastião' para a garantia dos direitos sociais previstos nas Constituições, diante da 'desregulação' que esses mesmos direitos sofreram em nível infra-constitucional, no âmbito das políticas de 'reformas para o mercado' levadas a cabo pelo Executivo e pelo Legislativo (...)" (CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 41).

³⁴⁸ Não obstante o art. 60, § 4º, IV, do texto constitucional coloque como cláusulas pétreas os direitos e garantias *individuais*, a diminuição da carta de direitos sociais – ou do alcance desses direitos – esbarraria na tese da vedação do retrocesso social, pela qual o enxugamento do rol de direitos sociais positivados somente seria juridicamente possível mediante o exercício de novo poder constituinte *originário*. Essa é uma das razões pelas quais normalmente a defesa da diminuição do alcance de direitos sociais passa por construções teóricas que buscam minorar sua eficácia normativa, como vimos no capítulo 2, sem atacar sua positivação em si.

público a possibilidade de efetivamente planejar, em termos globais e à luz das prioridades previamente programadas, a melhor forma de aplicação dos recursos finitos de que dispõe.

A alternativa com maior potencial de mudanças (no cenário de saturação da capacidade de resposta do Estado aos pleitos sociais) está, porém, fora do campo estatal – embora com ele se harmonize – e passa pela disseminação, na sociedade civil, de uma consciência solidária que lhe permita ocupar, no esforço comum de efetivação de direitos sociais, espaços não alcançados pelo Estado.

Justifica-se a defesa dessa conjunção de esforços sobretudo a partir da perspectiva de que o Estado Democrático e Social de Direito não é um fim em si mesmo, mas uma construção voltada a facilitar ou a viabilizar a implementação de direitos e interesses socialmente reputados úteis para a vida em comum – o que permite concluir que recai também sobre a sociedade e não apenas sobre o Estado a responsabilidade pela correção ou pela manutenção do caminho desenhado, até porque em última instância é dela, sociedade, o poder de eleger representantes que alterem o panorama jurídico vigente, caso assim deseje.

A noção de solidariedade, colocada como verdadeiro norte do texto constitucional, incide nesse contexto para abarcar os setores público e privado na busca conjunta pela maior concretização possível dos direitos sociais.

Em outras palavras, a ideia de solidariedade se presta não apenas a justificar a existência de direitos que demandam prestações estatais custosas e que são voltados ao benefício sobretudo das parcelas mais carentes da população, mas também a indicar um caminho válido para a ampliação ou ao menos a preservação desses direitos.

Esse caminho passa por uma cidadania mais ativa, que não se restrinja a aguardar ou a cobrar prestações oriundas do Estado, mas que assuma o papel que lhe é possível também exercer no esforço solidário de construção de uma sociedade mais igualitária.

Assim é que se propugna, neste estudo, por um resgate e um redimensionamento da noção de solidariedade, a implicar não apenas um maior controle, pela população, das políticas públicas sociais a cargo do Estado,³⁴⁹ mas

³⁴⁹ Vale dizer, maior controle da redistribuição que o Estado faz de sua renda (por meio da reversão, em serviços sociais, de tributos coletados segundo capacidades contributivas distintas) –

também um maior protagonismo dessa mesma população no próprio aprimoramento desses serviços sociais.

Isso passa por um redimensionamento do papel da cidadania, como veremos no item 7.2.

Vale transcrever nesse ponto a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior sobre o papel que deve ser reservado à cidadania no projeto de consolidação do texto constitucional:

*“(...) pode-se entender que sem o reconhecimento da cidadania, qualquer constituição e, em particular, a Constituição brasileira, torna-se letra no papel. Em consequência, sem ela, o direito perde, seguramente, sua substância. Afinal, no uso da expressão ‘Estado Democrático de Direito’ estão presentes componentes que tendem a fazer da liberdade ao mesmo tempo liberdade-autonomia e liberdade-participação. De um lado, isto vem marcado pelo modo como se estendem os direitos políticos à sua máxima universalidade, aliados à plena extensão dos direitos sociais, econômicos e culturais. De outro, pelo empenho em se evitar que, no modo como se adquirem, numa sociedade pluralista, tais direitos, venha o seu exercício cingir-se e esgotar-se no mero jogo de classes dominantes. Seus efeitos, assim, não devem se produzir apenas frente ao Estado, mas em relação aos particulares; na relevância da sociedade civil deve-se ver o reconhecimento de que o controle da legitimidade constitucional não é só a expressão de uma fiscalização formalmente orgânica, mas também uma tarefa comum, que deve fazer da Constituição uma prática e não somente um texto ao cuidado dos juristas; a participação, não apenas do Legislativo, do Executivo, do Judiciário, mas também do cidadão em geral, na concretização e na efetivação dos direitos, uma peça primordial do seu contexto democrático-social-legítimo”.*³⁵⁰

Incide aqui um ato de escolha: se a sociedade entende que direitos sociais devem ser assegurados e ampliados, então deve atuar mais ativa e diretamente nesse sentido, não apenas através do desejável controle social da coisa pública, mas também por meio de providências tomadas em seu próprio seio.

Os tópicos seguintes cuidam de discutir mais a fundo os desdobramentos dessa proposta.

7.1. Deveres fundamentais sociais

de maneira a verificar se efetivamente a realocação tem contribuído para a construção de uma sociedade justa e fraterna como quer o texto constitucional.

³⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 221.

Fala-se na existência, paralelamente aos direitos fundamentais, de deveres fundamentais, que surgem como contrapartida da própria vivência em uma comunidade organizada:

"(...) qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos lato sensu ou suporte da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização, justamente porque visa realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais, não pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade".³⁵¹

Tais deveres podem ser trazidos autonomamente – caso, por exemplo, do dever de pagar tributos ou de votar – ou vir como reflexo de determinados direitos – caso das funções social e ambiental da propriedade.

Alguns desses deveres podem ser colocados como *sociais*, dado que voltados à satisfação de direitos sociais, como saúde, educação e previdência.

Assim é que o ordenamento pátrio traz, por exemplo, o dever da família pela educação dos filhos (artigo 205 da Constituição), o dever de todos pelo resguardo da saúde (artigo 2º, §2º, lei nº 8.080/90), o dever de filiação obrigatória à Previdência Social por parte dos que exercem determinadas atividades (art. 11, lei nº 8.213/91) e o dever das empresas em observar os direitos trabalhistas de seus empregados.

Análise aprofundada sobre o tema dos deveres fundamentais é trazida por José Casalta Nabais:

"(...) os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. (...) as constituições, mesmo quando o não dizem, integram diversos deveres fundamentais. A este respeito, podemos mesmo considerar que historicamente se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. E assim temos os deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos os deveres que são o contributo da 'revolução' democrática, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o apporto do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico etc. Deveres estes a que, hoje em

³⁵¹ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 5, n. 20: 153-181, out./dez. 2007, p. 163.

dia, tende a acrescentar-se uma quarta camada de deveres formada pelos deveres ecológicos (...).³⁵²

Analogamente ao que se dá com os direitos fundamentais, a figura dos deveres também pode assumir natureza positiva (prestacional) ou negativa.³⁵³

Surge então a questão de saber se os deveres com natureza predominantemente prestacional podem ser atribuídos a particulares.

Mais do que mera consciência solidária sobre a responsabilidade por contribuir em prol de interesses sociais – aspecto abordado no tópico anterior e ao qual daremos maior atenção no tópico seguinte –, o que agora se coloca é a possibilidade de juridicamente exigir de particulares a satisfação de direitos sociais.

Para alguns autores, somente é possível falar-se em deveres sociais por particulares no que toca à sua dimensão negativa, de respeito à esfera de direitos alheia:

"(...) repercussão dos direitos sociais prestacionais no âmbito das relações particulares é um problema exclusivamente de dimensão negativa, notadamente de deveres de respeito e de proteção".³⁵⁴

Para nós, a despeito de essa dimensão negativa ser nitidamente exigível em face de particulares – analogamente ao que ocorre com a eficácia horizontal de direitos fundamentais de cunho negativo –, entendemos que restringir a aplicabilidade privada desses deveres ao seu conteúdo negativo é encarar o tema de maneira reducionista e, por consequência, inadequada.

Discordamos, pois, da tese de que direitos sociais são exigíveis apenas em face do Estado,³⁵⁵ não obstante reconheçamos que o debate da

³⁵² NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 5, n. 20: 153-181, out./dez. 2007, p. 158.

³⁵³ "Assim como os direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo. Assim, é possível afirmar a existência de deveres fundamentais defensivos (ou negativos) e deveres fundamentais prestacionais (ou positivos)" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 229-230).

³⁵⁴ PAIVA, Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro. *A aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas: uma análise sob a ótica da teoria dos deveres de proteção*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 356.

efetivação de direitos sociais seja normalmente colocado no cenário de disputas entre o jurisdicionado e o Estado.

A nós uma tal abordagem se revela simplista, não obstante seja compreensível em face de um texto constitucional que traz extenso rol de deveres estatais correlacionados a uma ampla e minudente carta de direitos dos jurisdicionados.

O fato é que há deveres impostos a jurisdicionados inclusive em matéria de direitos sociais, de modo que não é apenas em face do Estado que esses pleitos podem ser apresentados.

A doutrina há muito o vem reconhecendo:

"(...) muitos dos direitos sociais não são exercíveis exclusivamente contra o Estado. Imagine-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (...) ou o direito à promoção da defesa do consumidor (...): o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. (...)".³⁵⁶

Assim é que podem ser endereçadas para cumprimento por particulares demandas de saúde e educação, bem como de cunho consumerista, ambiental e trabalhista, por exemplo, ainda que impliquem a realização de prestações positivas.

O fato é que muitos dos campos de atuação estatal não foram reservados com exclusividade ao Estado, sendo facultado seu exercício concomitante por particulares, ainda que sob regime jurídico diverso.

Nesses termos é que serviços de saúde e de educação – os dois grandes direitos sociais por excelência – podem ser explorados economicamente por particulares.

Ao assumir o risco de atividades econômicas, o particular passa a titularizar deveres correlatos.

³⁵⁵ No sentido ora combatido, vide o entendimento de Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva: "(...) nada há no direito positivo que permita extrair, sem que assim esteja expresso, que os particulares são devedores das obrigações que emanam das normas de direitos prestacionais, mormente de um dever de promovê-los, sob uma dimensão positiva, que, se existente, quando muito, incumbirá ao Estado, notadamente aos Poderes Executivo e Legislativo, e será desenvolvido sob controles fracos pelo Poder Judiciário, haja vista as reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível, que pesam sobre os direitos prestacionais" (*A aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas: uma análise sob a ótica da teoria dos deveres de proteção*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 356).

³⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.

Assim é que se justifica a compreensão, por exemplo, da vedação de quaisquer sanções pedagógicas por parte de escolas a seus alunos inadimplentes.

Por certo, preceitua o art. 6º da lei nº 9.870/1999 que são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sendo permitido o desligamento do aluno por inadimplência somente ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando for adotado o regime didático semestral. Além disso, estabelece referido diploma legal que documentos de transferência de alunos devem ser expedidos independentemente de sua adimplência.

Nota-se, pois, que o ordenamento atribui a particulares que exerçam atividade econômica na área da educação determinados ônus e restrições – com evidente impacto financeiro – como forma de salvaguardar o direito social à educação dos usuários dos respectivos serviços.

Diplomas legais outros trazem exemplos de deveres sociais no campo da exploração privada de serviços de saúde, ao limitar a autonomia negocial de planos de saúde.

Assim é que o § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso estipula ser vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. De outro lado, a lei nº 9.656/1998 dispõe (art. 14) que em razão da idade do consumidor ou da condição de pessoa portadora de deficiência ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. O art. 15 do mesmo diploma, por sua vez, estabelece restrição à possibilidade de reajustes por faixas etárias.

Trata-se de imposições amparadas na satisfação de direitos sociais de parcelas vulneráveis da população e cujo cumprimento é imposto a agentes econômicos privados – que devem se adaptar a tais deveres, incorporando-os como custos a serem sopesados no cálculo atuarial.

Também no campo do direito à saúde merece ser mencionada a obrigação (trazida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio da Resolução Normativa nº 44/2003) imposta a operadoras de planos de saúde, no sentido de prestar atendimento emergencial, em hospitais privados, independentemente de prévia obtenção de caução. Mais recentemente o

descumprimento dessa obrigação foi tipificado como infração penal, conforme se depreende da leitura do art. 135-A do Código Penal (inserido pela lei nº 12.653/2012), que traz inclusive redação mais aberta, que veda não apenas a exigência de garantia, como também o preenchimento prévio de qualquer formulário administrativo como condição para atendimento médico-hospitalar emergencial.

O direito consumerista é outro grande campo em que se verificam deveres impostos a particulares (fornecedores) com vistas ao resguardo de interesses coletivos (do público consumidor, no caso).

Normas variadas do Código de Defesa do Consumidor se prestam a estabelecer, como contrapartida ao exercício de atividades econômicas, deveres a serem preservados pelos fornecedores, de maneira a resguardar direitos variados do mercado consumidor.

Exemplo ligado ao espectro de proteção consumerista – mas que se liga especialmente à proteção de valores outros do ordenamento – é a previsão de gratuidade de transporte público em benefício de passageiros idosos³⁵⁷ e com deficiência,³⁵⁸ impondo que o custeio dessas medidas seja suportado pelos prestadores do serviço em questão – os quais são em regra agentes econômicos privados no exercício da atividade a partir da celebração de contrato de concessão.

Também na seara ambiental – entendido aqui o direito ao meio ambiente como um direito social *lato sensu*, como visto no capítulo 1 – é possível verificar deveres demandados em face de particulares, seja como decorrência do exercício de atividades com potencial ou efetivo impacto ambiental, seja como reflexo da mera titularidade da propriedade.

Vale lembrar que no campo da proteção ambiental é de tal forma incisiva a imposição normativa de deveres ao particular que a obrigação de reparar o dano é considerada de caráter *propter rem* – vale dizer, é imposta ao titular da propriedade independentemente de ter sido ele o causador do dano.

Por fim, importa reconhecer que no campo trabalhista são observados inúmeros deveres correlatos à assunção da posição de empregador.

³⁵⁷ Vide art. 39 do Estatuto do Idoso.

³⁵⁸ Vide lei nº 8.899/1994 e ADI 2649.

Um exemplo ilustrativo de dever fundamental social na esfera trabalhista é a inviabilidade de dispensa em massa de empregados sem prévia negociação coletiva.³⁵⁹

Trata-se de verdadeira limitação da autonomia da vontade de um dos polos da relação empregatícia, que não pode encerrar unilateralmente a relação jurídica quando a medida abranger uma coletividade de trabalhadores. A limitação aqui se justifica à luz do impacto que uma tal dispensa coletiva teria na própria comunidade local.

Perfilhando tal entendimento, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho determinou,³⁶⁰ a uma empresa que paralisou suas atividades e dispensou unilateralmente todos os seus 295 empregados, a obrigação de manter o plano de assistência médica a eles oferecido – o que consubstancia a imposição de direito social prestacional a particular, em razão do dever, no caso, de preservação da função social da empresa.

Os exemplos trazidos demonstram que não há que se falar em obrigação puramente estatal na consecução de direitos sociais: a depender do específico direito em discussão, pode ser ele buscado junto ao Estado mas pode também ser pleiteado em face de particulares, quando envolvidos particulares em sua consecução.

Sobre a possibilidade de a iniciativa privada assumir a condição de sujeito passivo de direitos sociais, são claras as palavras de Nelson Rosenvald:

"A realidade é que o Estado do welfare state não logrou êxito em propiciar igualdade substantiva e, em larga medida, atribuiu a particulares um compartilhamento de responsabilidades em sede de direitos sociais. Os artigos 194 e 205 da Constituição Federal são taxativos no tocante à seguridade social e educação, respectivamente. Importa afirmar que a iniciativa privada também é sujeito passivo de direitos sociais, sendo redutor qualquer raciocínio que queira segregar a sua incidência às relações entre particulares e Estado".³⁶¹

É possível falar, pois, em eficácia horizontal (entre particulares) mesmo de direitos sociais, como ensina Daniel Sarmento:

³⁵⁹ Nesse sentido o entendimento do Ministério Público do Trabalho, conforme Orientação nº 6 da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical.

³⁶⁰ RO 6155-89.2014.5.15.0000, j. 22/02/2016, rel. Min. Maria de Assis Calsing.

³⁶¹ O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139-140.

“Não divisamos nenhuma razão para que se reconheça plena eficácia a certas normas constitucionais quando, no caso concreto, seus comandos dirigirem-se ao Estado, mas que se negue iguais efeitos às mesmas normas quando voltadas à resolução de litígios privados. Trata-se de puro preconceito ideológico, travestido sob a forma de teses jurídicas sofisticadas, que na verdade pugnam para evitar que a axiologia solidarista da Constituição ‘contamine’ o reino de suposta neutralidade e de justiça comutativa do Direito Privado”.³⁶²

Conforme leciona o último autor, "(...) o texto constitucional brasileiro acena, em diversas passagens, no sentido da co-responsabilidade (sic) dos particulares em relação à garantia dos direitos sociais (...)".³⁶³

Partindo do pressuposto de que direitos sociais possuem não apenas dimensão prestacional, mas também dimensão defensiva, o autor reconhece que a dimensão prestacional é a que gera maior polêmica no que toca ao reconhecimento de sua eficácia direta em face de particulares – sustentando, de outro lado, no que toca à dimensão defensiva, que a defesa da aplicabilidade plena não traz maiores dificuldades:

"(...) parece-nos possível advogar que, no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento a priori que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos mesmos limites e condições válidas para a eficácia horizontal dos direitos individuais".³⁶⁴

No que toca ao reconhecimento da dimensão prestacional de direitos sociais demandados entre particulares, defende referido autor – com o que concordamos – que no mínimo deve ser defendida a constitucionalidade das normas que tragam obrigações positivas ou limitações à autonomia privada de agentes econômicos (a exemplo dos diplomas legais acima citados).

Em suas palavras:

"(...) no mínimo, a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas presta-se para fundamentar a constitucionalidade das normas que, em favor destes direitos, impuserem limitações à autonomia privada dos agentes econômicos ou criarem obrigações positivas para os mesmos. Parece também possível invocar o princípio constitucional da proibição do retrocesso, para invalidar eventuais medidas legislativas que pretendessem simplesmente voltar atrás na concretização de algum direito social no espaço privado, sem substituí-la por qualquer outro modelo alternativo. (...) Mas só isso, convenhamos, seria pouco. Os direitos sociais e econômicos devem também influenciar decisivamente a interpretação e a

³⁶² A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251-252. Em outra obra

³⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 291.

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 292.

aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais incidentes sobre as relações privadas".³⁶⁵

O tema, pois, dos deveres fundamentais, embora pouco estudado, traz relevante instrumental para a análise dos direitos sociais, na medida em que permite, especialmente quando atrelado à noção de solidariedade social, melhor delimitar o papel que cabe à sociedade nesse cenário.

A partir da percepção de que o texto constitucional estipula um dever social de solidariedade, impõe-se seja reconhecida a validade de deveres fundamentais correlatos ao exercício de dadas posições jurídicas.

Assim é que não se discute a validade de deveres que decorrem, por exemplo, do exercício de atividade econômica (caso de deveres ligados à função social da empresa³⁶⁶) ou da titularidade de propriedade (caso da obrigação *propter rem* do direito ambiental e de outros deveres ligados à função social da propriedade³⁶⁷).

Para além desse efeito – de respaldar deveres fundamentais sociais trazidos pelo ordenamento –, a diretriz constitucional da solidariedade também pode ser vista num sentido de emprestar validade a iniciativas privadas de interesse público – como veremos em inúmeros exemplos que denotam não propriamente deveres por parte de particulares, mas sim iniciativas espontâneas que consubstanciam a concretização de um dever difuso de solidariedade social.

Esses exemplos se prestarão a demonstrar como a sociedade pode atuar, e com peso, complementarmente ao Estado em matéria de direitos sociais – tanto que em certas situações o Estado até impõe a particulares deveres nesse campo –, e que isso é saudável do ponto de vista da evolução social, guardando plena compatibilidade com os objetivos fundamentais da República.

Sobre o peso que deve ser reconhecido à sociedade como protagonista das decisões acerca da coisa pública, vide a obra de Thaís Novaes

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298-299.

³⁶⁶ Esse o fundamento, por exemplo, do dever de planos de saúde de prestar atendimento emergencial independentemente de caução, mesmo quando a urgência inviabilizar a prévia confirmação de cobertura para o procedimento a ser realizado.

³⁶⁷ A caracterização, como dever, do atendimento à função social da propriedade se revela clara quando se nota a existência de sanções por seu descumprimento, como se verifica da leitura do § 4º do art. 182 do texto constitucional, que prevê a possibilidade de IPTU progressivo e desapropriação em caso de aproveitamento inadequado da propriedade urbana.

Cavalcanti,³⁶⁸ em que defende a subsidiariedade da atuação estatal³⁶⁹ e a atuação direta da sociedade na promoção do bem comum.³⁷⁰

A defesa de um dever de solidariedade social, difusamente titularizado pela sociedade, não é nova:

"Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a ideia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do Welfare State, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado – possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente (...)".³⁷¹

Nesse contexto é que cabe falar num processo em curso de verdadeiro redimensionamento do papel da cidadania, que passa a implicar não apenas direitos em face do Estado, mas também deveres em face da comunidade em que inserido o cidadão.

Sobre esse ponto discorreremos com mais vagar no tópico que segue.

7.2. Redimensionamento do papel da cidadania

³⁶⁸ *Direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade*: por uma teoria sobre o desenvolvimento humano. Osasco: Edifício, 2015.

³⁶⁹ "Com o princípio da subsidiariedade, as relações entre Estado e pessoa não partem do Estado que afirma 'concedo ou não te concedo certos benefícios', mas, antes, de um reconhecimento da capacidade da pessoa de atuar no contexto social e comunitário para que, com a ajuda das entidades estatais e da sociedade organizada, possa decidir sobre sua própria vida" (*idem, ibidem*, p. 146).

³⁷⁰ "Cabe, então, ao Estado, sob a ótica da subsidiariedade, reconhecer e estimular, por meio de ações concretas, que a sociedade civil atue, também, na esfera pública" (*idem, ibidem*, p. 148).

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 295. Em outro texto o mesmo autor complementa seu posicionamento sobre o tema nos seguintes termos: "(...) os direitos sociais encarnam juridicamente as ideias de igualdade substantiva e de justiça social, os direitos políticos juridicizam o ideário democrático e os direitos difusos tutelam a solidariedade, protegendo bens transindividuais essenciais à qualidade de vida. Confinar a eficácia destes direitos às relações de caráter político, mantidas entre cidadãos e poderes públicos, significaria imunizar outras importantes esferas da vida social, como as empresas, as associações e a família, do alcance destes valores (...) caríssimos à Constituição de 1988 (...)" (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 287).

O homem é um ser gregário por natureza, e o acentuado desenvolvimento tecnológico dos últimos tempos trouxe integração sem paralelos, permitindo a intensificação das comunicações independentemente de fronteiras territoriais.

Ainda assim, nunca houve, na história da humanidade, tanto individualismo como nos tempos atuais.

Não obstante o rompimento de barreiras e a instantaneidade e multiplicidade das interações pelas redes sociais, não é exagerado dizer que se vive hoje um processo de perda da noção de pertencimento social.

Com efeito, a cada vez maior proximidade (virtual) entre as pessoas tem sido infelizmente acompanhada por um crescimento de valores individualistas e sectários.

A maior exposição social tem sido muitas vezes usada para a promoção vaidosa e egocêntrica de pontos de vista unilaterais, não raro intolerantes e fechados ao diálogo.

De outro lado, a publicidade tem estado cada vez mais presente no cotidiano das pessoas, inculcando e reverberando valores individualistas próprios do capitalismo.

Até que ponto esse cenário em curso pode impactar a efetivação de direitos sociais?

Como dito em tópico anterior, esses direitos não apenas surgiram como decorrência da ampliação da consciência social acerca da necessidade de minorar a desigualdade entre classes, como somente se justificam a partir do valor da solidariedade e da manutenção de um mínimo grau de empatia para com a situação do próximo.

Nesse contexto, a exacerbação desse cenário de individualismo nas esferas pessoais pode, no limite, levar a um paulatino esvaziamento das políticas públicas estatais em matéria social, deixando aos indivíduos a busca solitária pela melhoria de suas respectivas condições.

A questão que se coloca é: até que ponto é possível ao operador do direito admitir que o recrudescimento desse estado de coisas implique o desmantelamento do Estado social de direito construído pelo constituinte de 1988?

Entendemos, na linha de Marco Aurélio Greco, que a diretriz constitucional expressamente traçada no campo da solidariedade vincula todo o ordenamento e, conseqüentemente, delimita o espectro de atuação do operador e do intérprete do direito positivo:

“Na medida em que a Constituição consagra expressamente objetivos a serem perseguidos, estabelece uma diretriz positiva que orienta a produção e a interpretação da legislação infraconstitucional. Com efeito, estabelecer um objetivo significa que todos os instrumentos e categorias existentes devem – dentro da reserva do possível – ser utilizados e vistos na direção posta pelo seu artigo 3º”.³⁷²

Com efeito, a colocação, pela Carta constitucional vigente, da construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República reflete o peso da solidariedade para a manutenção da carta de valores e de direitos promulgada e carrega uma normatividade que não pode ser ignorada.

Nesse sentido:

“De início mero valor moral, o princípio da solidariedade tornou-se, por via da Constituição de 1988, direito positivo (...). De certa forma, o princípio da solidariedade serve para explicar ‘por que razão’ deve ser materializado os direitos fundamentais, constituindo, além de princípio, um sentimento fundador de todo o arcabouço legal. Diz, portanto, não apenas ‘o que deve ser implementado’, mas também responde ‘por que deve ser implementado’”.³⁷³

Nesse contexto, o resguardo dessa consciência social está na própria base da manutenção dos direitos sociais constitucionalmente tutelados.

Não sendo tolerável o retrocesso em matéria de conquistas sociais, impõe-se ao operador do direito trabalhar pelo resgate e pela disseminação da solidariedade social – resistindo, tanto quanto possível, ao discurso individualista hoje tão em voga –, como forma de resguardar a própria aplicabilidade dos direitos sociais trazidos pela Constituição.

Um dos caminhos para tanto é o estímulo à construção de uma cidadania solidária, com a assunção, pelo cidadão, de um papel mais ativo na conformação da coisa pública:

“Na verdade, o Estado social na sua modalidade de Estado de bem-estar está definitiva e irremediavelmente em crise, um fato que não podemos iludir. E das duas uma: ou aceitamos que o Estado se empenhe na convocação da sociedade

³⁷² GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 175.

³⁷³ ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007, p. 217-218.

civil, ou pura e simplesmente corremos o risco de regredir ao Estado pré-social, atirando parcelas crescentes da população para situações de subcidadania (...).³⁷⁴

Por certo, o progressivo abraçar de funções ensejadoras de bem-estar social pelo Estado não deve representar esvaziamento do papel da própria sociedade em ocupar maior preeminência na definição dos rumos da evolução social.

E é possível fazê-lo não apenas por meio do voto.

A noção de cidadania não deve ser vista como adstrita à noção de capacidade eleitoral ativa, mas sim como faceta de uma efetiva participação popular na conformação da sociedade:

*“Efetivamente a solidariedade mais não é do que um aspecto ou dimensão nova (...) da cidadania (...). Ou seja, no quadro de uma crescente expansão da cidadania desde a instauração do Estado constitucional, estamos perante uma terceira etapa de afirmação da cidadania”.*³⁷⁵

José Casalta Nabais coloca que numa primeira etapa histórica, do Estado liberal, a cidadania era passiva, identificada com a proteção da esfera privada, notadamente da liberdade e da propriedade.

Num segundo momento sobreveio a cidadania ativa, identificada pela participação política através do voto.

É tempo de vivenciarmos um terceiro estágio histórico da cidadania:

*“Finalmente, num terceiro momento, veio juntar-se a cidadania solidária ou a ‘cidadania responsabilmente solidária’, em que o cidadão assume um novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo ativo na vida pública já se não basta com o controle do exercício dos poderes”.*³⁷⁶

José Casalta Nabais difere, nessa linha de pensamento, a solidariedade vertical – ou pelos direitos ou paterna – da solidariedade horizontal – ou pelos deveres ou fraterna.

A vertical é identificada com o dever do Estado social em garantir o mínimo existencial em matéria de direitos sociais. A horizontal, por sua vez, liga-se aos deveres fundamentais que cabem à sociedade.

³⁷⁴ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 126.

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 124.

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 125.

Ressalta referido autor, com acerto, que as reconhecidas limitação e insuficiência do Estado social tornam cada vez mais relevante a solidariedade horizontal, a demandar participação mais ativa da sociedade na implementação de direitos.³⁷⁷

É exatamente esse o ponto que aqui se busca sustentar: como o processo de efetivação de direitos sociais é contínuo e sempre em construção – sendo utópico imaginar soluções que viabilizem por si sós e de maneira definitiva o atendimento pleno a todas as demandas nesse campo –, a sociedade não pode se permitir uma posição passiva, de mera cobrança de direitos em face do Estado.

Uma tal passividade seria um luxo que não pode ser suportado por uma sociedade carente de direitos, como a brasileira.

Em suma, se o que se quer é uma mínima efetividade dos direitos sociais positivados, deve-se fomentar seu alcance por todas as vias possíveis, somando todos os esforços legítimos por sua consecução.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, esse cenário de maior abertura para diversos campos de luta por direitos sociais implica superar, tanto quanto possível, a separação burocrática entre os órgãos estatais de tutela da sociedade e a população, resgatando-se uma cidadania mais participativa e integrada:

*“A solidariedade passa a ser efetivamente um elemento constitutivo do discurso jurídico hegemônico na medida em que são afirmadas as teses do pluralismo jurídico (o direito não se resume aos atos do legislador estatal), da efetividade social como elemento fundamental para a interpretação da norma e, principalmente, da necessidade de superação do fosso então existente entre o Estado e a sociedade civil”.*³⁷⁸

São palpáveis os ganhos decorrentes da participação mais ativa da população não apenas no controle, mas na própria formatação de políticas públicas, até porque são os cidadãos que têm melhores condições de apontar falhas e insuficiências a serem sanadas em serviços públicos a eles direcionados.

³⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 114-117.

³⁷⁸ GODOI, Marciano Seabra. Tributo e solidariedade social. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 144.

Assim é que iniciativas variadas têm sido implementadas com vistas a facilitar o contato da sociedade com os atores estatais com atribuição para a tutela de direitos sociais, num processo de valorização do papel da cidadania.

Um primeiro exemplo a ser mencionado nesse contexto é o projeto “MPF na comunidade”, que se iniciou por meio de projeto piloto no ano de 2012, no município de São Gabriel da Cachoeira, localizado 852km a noroeste de Manaus,³⁷⁹ e que posteriormente contou com diversas novas edições, pelas quais há deslocamento de membros e servidores da instituição para comunidades longínquas, com vistas à colheita *in loco* de demandas sociais.

O “Ônibus da Cidadania”, veículo do Ministério Público Federal em São Paulo adaptado para o atendimento a quem desejar registrar denúncias de atribuição da instituição – incluindo irregularidades em serviços públicos federais ou que contem com verba federal em seu custeio – é iniciativa no mesmo sentido, de buscar junto à sociedade, notadamente em localidades mais carentes, pleitos sociais diversos, que depois são devidamente avaliados para que os encaminhamentos pertinentes possam ser feitos.

O Programa “O Ministério Público e os Objetivos do Milênio: Saúde e Educação de Qualidade para Todos”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA), é outro exemplo de aproximação institucional com a população. Trata-se de projeto pelo qual instituições diversas – conselhos de saúde, nutrição e educação, e secretarias de estado, sob a articulação do Ministério Público – promovem visitas de equipes multi-institucionais a escolas, hospitais e postos de saúde, de maneira a identificar e diagnosticar *in loco* os problemas existentes na prestação de serviços de educação e saúde pública.

À luz dos problemas identificados são depois cobradas explicações dos gestores públicos, sendo que, após a indicação das medidas a serem adotadas, as equipes retornam aos estabelecimentos para nova avaliação acerca dos resultados efetivamente alcançados.

Trata-se, pois, de iniciativa que demonstra como, mais do que a abertura ampla ao acesso do cidadão, é salutar que os atores públicos promovam, de maneira ativa, medidas de prospecção de demandas sociais junto à própria população.

³⁷⁹ Maiores informações podem ser obtidas no link <http://www.mpf.mp.br/am/projetos-especiais/mpf-na-comunidade/1a-edicao-2013-sao-gabriel-da-cachoeira-piloto>.

Os variados projetos de orçamento participativo existentes no Brasil³⁸⁰ também caminham nesse mesmo sentido de atribuir maior espaço e voz ao cidadão na definição dos rumos da coisa pública.

Para além de medidas com esse viés de inserção da sociedade na esfera pública, a concretização de uma cidadania mais solidária implica ainda, e sobretudo, dar mais espaço, destaque e fomento a iniciativas de interesse público gestadas e geridas pela própria sociedade civil.

A linha de raciocínio desenvolvida inicialmente neste estudo – de que o acesso ao Poder Judiciário não pode ser visto como o único ou o mais adequado meio de busca da concretização de direitos prestacionais, havendo espaço para atuações extrajudiciais eficazes de diversos outros atores estatais – pode ser, pois, estendida para dizer que a atuação do Estado como um todo não pode ser vista como o único caminho para a efetivação desses direitos.

Não se trata apenas de reconhecer a insuficiência estatal em dar cabo de todas as necessidades sociais, mas de perceber que o nível ótimo de concretização desses direitos passa pela junção, no maior grau possível, de esforços, o que implica não desprezar o potencial de medidas passíveis de serem adotadas no campo não estatal.

Não se propugna com isso uma diminuição do papel do Estado nesse campo, nem se discute a imprescindibilidade da atuação estatal – nos campos judicial e não judicial – para a efetivação do modelo de bem-estar social traçado no texto constitucional.

Apenas o que se coloca é que, assim como é possível obter junto ao administrador público medidas prestacionais independentemente de ordem judicial (o que se procurou demonstrar no capítulo precedente, notadamente a partir do estudo de casos), também é possível colher avanços sociais e atuações de interesse público no campo privado.

Nesse contexto, falar na concretização de direitos sociais pela via extrajudicial não significa apenas delimitar os espaços e instrumentos de atuação nesse campo de atores outros públicos que não o Judiciário, significa também reconhecer que a própria sociedade tem condições de tomar medidas não

³⁸⁰ A despeito de tratar-se de exemplo bastante ilustrativo do ponto ora exposto, deixa-se de dar maior destaque a ele por não se tratar de medida a cargo de quaisquer dos sujeitos referidos no item 6.2., mas sim iniciativa inserida nas atribuições do próprio gestor público responsável pelo encaminhamento da peça orçamentária.

judiciais voltadas ao mesmo objetivo de dar concreção a direitos sociais constitucionalmente tutelados.

É tempo de a sociedade tomar consciência de que tem condições de criar, em seu próprio seio, mecanismos de complementação do papel do Estado na implementação de direitos sociais, assumindo também ela própria responsabilidade pelas melhorias sociais almejadas.

Seja mediante o cumprimento pleno de deveres sociais porventura já impostos pela legislação, seja mediante a satisfação espontânea de necessidades coletivas (a partir da incorporação da consciência solidária almejada pelo texto constitucional), o fato é que é significativo o impacto potencial de atuações extrajudiciais *privadas* no campo dos direitos sociais.

O tópico que segue cuidará de trazer alguns exemplos ilustrativos dessa afirmação, notadamente no que toca a iniciativas gestadas espontaneamente no corpo social.

7.3. Impacto potencial da atuação da sociedade civil

Um primeiro exemplo a ser mencionado faz uso da tecnologia digital para viabilizar o financiamento de inúmeras instituições beneficentes com atuação social. Trata-se do Instituto Arredondar,³⁸¹ plataforma que estabelece parcerias com diversas empresas varejistas com vistas a que, quando da cobrança das contas, seja verificado junto ao cliente eventual interesse em “arredondar” a conta, destinando os centavos correspondentes ao arredondamento ao Instituto, que posteriormente agrupa os valores com vistas a endereça-los a entidades assistenciais alinhadas aos “8 objetivos do milênio”³⁸² e que prestem contas de suas atividades.

Fazendo uso dos avanços propiciados pela comunicação digital e pautada por uma lógica de solidariedade social, outra instituição merece ser

³⁸¹ Vide maiores detalhes no sítio eletrônico <http://www.arredondar.org.br/>.

³⁸² Os oito objetivos do milênio (estabelecidos pela ONU em 2000) são os seguintes: 1 - Acabar com a fome e a miséria; 2 - Oferecer educação básica de qualidade para todos; 3 - Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4 - Reduzir a mortalidade infantil; 5 - Melhorar a saúde das gestantes; 6 - Combater a Aids, a malária e outras doenças; 7 - Garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8 - Estabelecer parcerias para o desenvolvimento.

referida: a Atados, que promove, através de sua plataforma virtual, o encontro entre pessoas interessadas em prestar trabalho voluntário e organizações não governamentais que precisam de ajuda em suas atividades.³⁸³ Trata-se de iniciativa com impacto de potencializar o alcance de trabalhos sociais já existentes, analogamente ao exemplo anterior.

Outro exemplo de atuação privada com nítidos impactos sociais – desta feita no campo da acessibilidade – também faz uso de tecnologia digital. Trata-se do aplicativo “*Hand Talk*”, software criado por brasileiros para viabilizar, de maneira gratuita, tradução instantânea do português oral e escrito para Libras (Linguagem Brasileira de Sinais).³⁸⁴ Trata-se de medida com evidente impacto prático no sentido de promover acessibilidade e inclusão a pessoas com deficiência auditiva, na medida em que viabiliza a comunicação entre surdos e ouvintes.

Na área da saúde, cabe o registro da criação, pela iniciativa de setores da sociedade civil, do Grupo de Apoio ao Adolescente e à Criança com Câncer (GRAACC), associação privada de caráter filantrópico voltada ao tratamento gratuito para o câncer infantil e que hoje configura o maior centro do gênero na cidade de São Paulo.³⁸⁵

Não se desconhece que hoje a instituição conta com apoio estatal para o financiamento e a continuidade de suas atividades – inclusive atendendo a maioria de seus pacientes como parte do Sistema Único de Saúde –, mas o fato é que esse apoio veio como reconhecimento a uma atuação exitosa desenvolvida com esforços inicialmente de caráter exclusivamente privado.

Esse exemplo, seja pelo seu porte, seja pela qualidade do atendimento oferecido, seja pela gratuidade da maior parte dos serviços de saúde prestados, demonstra de maneira bastante evidente como a própria sociedade, unida pela noção de solidariedade, consegue por esforço próprio implementar direitos de natureza social.

³⁸³ Sobre a iniciativa, vide <https://www.atados.com.br/sobre>.

³⁸⁴ Maiores informações: <http://www.handtalk.me/sobre>.

³⁸⁵ Maiores informações: <https://www.graacc.org.br/>.

No ano de 2016, segundo dados de auditoria realizada na instituição,³⁸⁶ foram mais de 160 mil atendimentos ambulatoriais vinculados ao SUS e mais de 10 mil internações hospitalares, também a pacientes do SUS.

Sendo indiscutível a insuficiência estatal para assegurar todo o leque de direitos sociais constitucionalmente previstos – notadamente a universalidade e gratuidade do atendimento de saúde a toda a população –, iniciativas como essa mostram-se cada vez mais necessárias e refletem uma mudança de postura salutar para o desenvolvimento social, dado que demonstram como a sociedade pode assumir o protagonismo das mudanças sociais por ela almejadas, ao invés de aguardar que o poder público – voluntariamente ou a partir de imposições judiciais – promova as prestações necessárias para tanto.

Esse tipo de iniciativa revela, a propósito, como a sociedade pode, por suas iniciativas, iniciar um diálogo com o próprio poder público em matéria de criação de políticas públicas, na medida em que, com atuações de interesse social com impacto relevante, a sociedade consegue impulsionar o apoio do poder público – até porque é mais barato à Administração apoiar, financeira ou logisticamente, empreendimentos de caráter assistencial já em funcionamento do que criar novas estruturas para a implementação de serviços análogos.

Em hipóteses tais, torna-se secundária a natureza efetivamente pública ou privada do estabelecimento – para a população usuária, o que importa é a disponibilidade gratuita do serviço, seja ele financiado majoritariamente com recursos públicos ou privados.

Em suma, um exemplo como o do GRAACC mostra o peso que a atuação direta da sociedade pode ter na consecução de direitos sociais de implementação tão complexa como o direito à saúde.

Com viés de atuação similar, mas no Distrito Federal, merece registro a instituição “Abrace”, que promove atendimento de saúde a crianças com câncer, contando com hospital especializado e tendo contribuído para zerar, em Brasília, o índice de abandono de tratamentos, notadamente a partir do apoio a pacientes oriundos de outras regiões.³⁸⁷

³⁸⁶ Relatório de auditoria: <https://www.graacc.org.br/media/559227/df%20graacc%2016%20-%20notas%20explicativas%20assinado%20-%20auditoria.pdf>.

³⁸⁷ Vide <http://www.abrace.com.br/index.php>.

Em matéria de saúde bucal, é digno de registro o exemplo da instituição “Turma do Bem”, que reúne mais de 16 mil dentistas voluntários que prestam atendimento gratuito – mais de 68 mil em 2016 – a jovens carentes. Trata-se da maior rede de voluntariado especializado do mundo, atuando em cerca de 1500 municípios brasileiros, bem como em países da América Latina e Portugal, o que demonstra o peso da sociedade civil na implementação de mudanças sociais com alcance e ritmo por vezes superior à própria capacidade estatal.³⁸⁸

Exemplo análogo é o da entidade “Operação Sorriso”, que oferece cirurgias gratuitas para correção de fissuras labiais ou palatinas, tendo já realizado no Brasil mais de 7 mil procedimentos cirúrgicos, contando com apoio sobretudo de profissionais voluntários.³⁸⁹

Outros exemplos variados existem de implementação de direitos sociais, para acesso gratuito à população necessitada, por meio de iniciativas setoriais da própria sociedade civil.

Na área da educação vale mencionar o Projeto Âncora que, dentre outras atuações, mantém escola particular e gratuita com oferecimento de ensinos fundamental e médio para crianças e adolescentes da região metropolitana de São Paulo – notadamente do município de Cotia-SP.³⁹⁰

Também oferecendo escola gratuita (para cerca de 1500 alunos), mas desta feita na região do sertão nordestino, merece registro a entidade Amigos do Bem, que também promove atendimentos assistenciais na área de saúde, formação profissional e moradia.³⁹¹

Na seara da formação profissional, com foco no semiárido nordestino, importa referir a Agência de Desenvolvimento Econômico Local (ADEL), organização sem fins lucrativos que promove visitas a famílias residentes na zona rural com vistas à qualificação, especialmente de jovens, para o empreendedorismo local, evitando o êxodo dos moradores.³⁹²

No campo do direito social à alimentação cumpre referir a associação civil Banco de Alimentos, que coleta, na região metropolitana de São

³⁸⁸ Mais informações em <http://turmadobem.org.br/br/>.

³⁸⁹ Vide, sobre o trabalho da entidade, <http://www.operacaosorriso.org.br/>.

³⁹⁰ Informações acerca do projeto podem ser obtidas no link <https://www.projetoancora.org.br/quem-somos>.

³⁹¹ Maiores informações: <https://www.amigosdobem.org/>.

³⁹² Mais informações no sítio eletrônico da instituição: <http://www.adel.org.br/>.

Paulo, alimentos excedentes de comercialização e produção que estejam próprios para consumo, distribuindo-os a mais de 40 instituições beneficentes, permitindo com isso a complementação alimentar de mais de 22 mil pessoas por mês. Promovendo distribuições diárias dos alimentos coletados, são transportadas em média mais de 30 toneladas de alimentos por mês, a serem gratuitamente distribuídos, quantidade esta que de outra forma seria descartada.³⁹³

No campo do direito ao transporte público importa mencionar a Associação Helena Piccardi de Andrade Silva, entidade privada sem fins lucrativos que oferece transporte gratuito a pacientes carentes com câncer durante o período de tratamento, na cidade de São Paulo. São buscados jovens e acompanhantes na periferia da cidade até os locais de tratamento, com oferecimento de alimentação no trajeto. Trata-se de solução de transporte alternativa ao transporte oficial público, que permite a pessoas em situação de vulnerabilidade de saúde condições de deslocamento com maior conforto e sem gastos. São oferecidos transportes terrestres e aéreos, atendendo 5 hospitais da cidade de São Paulo, com capacidade atual de atendimento de 42 jovens por dia.³⁹⁴

Como se vê, são inúmeros os exemplos ilustrativos da potencialidade da atuação solidária da própria sociedade na implementação de direitos sociais e de medidas de interesse público.

O próprio Estado reconhece a importância dos atores privados ao prever incentivos de natureza variada – que vão desde a concessão de imunidade tributária para entidades assistenciais (art. 195, § 7º, CF) até a destinação de verbas voltadas ao atingimento de finalidades de interesse público.

Em consulta ao portal da transparência do Governo Federal foi possível observar que os dois maiores gastos com repasse de verbas via convênios são do Ministério da Saúde e do Ministério do Desenvolvimento Social – duas áreas em que se revela mais evidente a necessidade de aportes para a adequada efetivação de direitos sociais.

Claro que dentre esses repasses encontram-se aqueles efetivados a outros entes federativos ou a dadas entidades integrantes da Administração, mas aí também são abarcadas entidades privadas de natureza variada.

³⁹³ Vide, sobre suas atividades: <http://www.bancodealimentos.org.br/>.

³⁹⁴ Maiores informações: <http://www.ahpas.org.br/>.

Essas entidades são usualmente referidas como “Terceiro Setor” – expressão ampla o suficiente para abarcar instituições de diversas naturezas, algumas das quais voltadas ao atingimento de finalidades consentâneas com o interesse público primário.

A título de exemplo do peso desses atores privados na atuação coordenada com o Estado na busca da efetivação de direitos sociais, em consulta ao portal da transparência do Governo Federal foi possível verificar que, dentre os beneficiários de grandes repasses de verbas federais no período entre 01.01.1996 e 10.09.2017, constam diversas instituições de natureza privada mas voltadas à consecução de finalidades públicas.³⁹⁵

Assim é que foram localizados, por exemplo, expressivos repasses do Ministério da Educação para entidades mantenedoras de hospitais que, no curso de sua história, passaram a integrar o sistema público de saúde.

Ganham destaque nesse cenário a Associação Paulista Para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), responsável pela manutenção do Hospital São Paulo (hospital universitário da Universidade Federal de São Paulo) e a Fundação Arnaldo Vieira de Carvalho, responsável pela manutenção da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo.

Referidas instituições também são beneficiárias de repasses expressivos do Ministério da Saúde, o que representa o reconhecimento do êxito da atuação dos hospitais por elas mantidos, do ponto de vista do acesso à saúde pela população local. Outros exemplos na mesma linha são a Fundação Zerbini (mantenedora do Instituto do Coração), a Fundação Faculdade de Medicina (apoiadora do Hospital das Clínicas da USP), a Casa de Saúde Santa Marcelina (mantenedora do Hospital Santa Marcelina) e a Fundação Oswaldo Ramos (mantenedora do Hospital do Rim de São Paulo).

Nota-se que na área da saúde não é incomum a inauguração de entidades sem fins lucrativos – associações ou fundações – por parte de pessoas interessadas no aprimoramento de seu ambiente social, sendo que a partir do êxito das atividades empreendidas essas instituições passam posteriormente a integrar o próprio sistema público de saúde, contando por isso com repasses financeiros de maneira a abarcar parte da demanda local por saúde pública.

³⁹⁵ Vide <http://www.transparencia.gov.br/convenios/ConveniosListaOrgaos.asp?TipoConsulta=1>.

Sendo o Estado, pois, incapaz de sozinho empreender novas estruturas voltadas ao atendimento do direito à saúde de toda a população, faz convênios com entidades privadas assistenciais já atuantes na área.

Em outras palavras, tem-se aí política pública que vem secundariamente a iniciativas empreendidas em um primeiro momento no seio da própria sociedade, o que permite perceber que a nota de solidariedade não apenas pauta e serve de fundamento aos direitos sociais como um todo (tendo ensejado sua própria positivação histórica, como vimos), como também pode se prestar à compreensão da atuação de atores privados, isoladamente ou em cooperação com o poder público, no campo dos direitos sociais.

Em áreas outras, que não apenas a saúde, essa realidade também se faz presente.

Por certo, no portal da transparência do Governo Federal constam, dentre os maiores repasses³⁹⁶ oriundos do Ministério da Educação, alguns efetivados a instituições sem fins lucrativos com projetos variados na área educacional, como é o caso do Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura e Ação Comunitária (CENPEC),³⁹⁷ da Fundação Dorina Nowill Para Cegos³⁹⁸ e do Instituto Paulo Freire.³⁹⁹

Esse cenário ilustra a constatação de que o Estado, reconhecendo sua incapacidade de sozinho dar concretude ao projeto social estampado no texto constitucional, fomenta atuações privadas tendentes à implementação desses direitos.

Embora o auxílio oriundo do poder público possa vir a ter grande peso na consecução das finalidades dessas instituições privadas, o fato é que esses repasses vêm como reflexo e como reconhecimento do êxito e da eficiência de uma atuação prévia já exercida mediante esforços próprios dos criadores e apoiadores dessas instituições – o que mostra como iniciativas surgidas no meio

³⁹⁶ A pesquisa levou em conta os maiores repasses individuais, e não a soma de repasses acumulados no tempo, tendo em vista que o portal da transparência não disponibiliza maiores filtros ou classificações das informações apresentadas.

³⁹⁷ Maiores informações sobre os projetos existentes constam do endereço <http://www.cenpec.org.br/projetos/>.

³⁹⁸ Maiores informações sobre os projetos existentes constam do endereço <https://www.fundacaodorina.org.br/impacto/realizacoes/>.

³⁹⁹ Para maiores detalhes acerca de alguns dos projetos realizados pela instituição, vide os endereços <http://www.paulofreire.org/educacao-e-cultura/programas-e-projetos>, <http://www.paulofreire.org/participacao-e-controles-sociais/programas-e-projetos>, <http://www.paulofreire.org/assistencia-social-e-direitos-humanos/programas-e-projetos>.

social com base na nota da solidariedade podem trazer impactos tais que venham a contar posteriormente com o apoio estatal, sendo inclusive abraçadas pelo Estado como parte de políticas públicas – como é o caso, já visto, de instituições mantenedoras de hospitais que posteriormente foram incorporados ao sistema público de saúde.

A consulta aos repasses oriundos do Ministério do Desenvolvimento Social indica, dentre os beneficiários privados, instituições como a Cáritas Brasileira, entidade criada pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil com vistas à realização de obras sociais e responsável, por exemplo, pelas campanhas da fraternidade.⁴⁰⁰ Trata-se de exemplo de instituição cujas atividades no campo dos direitos sociais ganharam com o tempo peso tal que passaram a contar com o patrocínio de órgãos estatais, dado que voltadas à consecução de finalidades alinhadas com o interesse público.

Outra instituição privada, de natureza assistencial, que se tornou beneficiária de repasses públicos (no caso, do Ministério do Desenvolvimento Social) para o fomento de suas atividades é o Memorial Chico Mendes, com atuação na seara ambiental, notadamente na região amazônica.⁴⁰¹

Observa-se, em suma, como o Estado, num reconhecimento de sua incapacidade de sozinho dar guarida a todas as demandas sociais, vem promovendo o fomento à participação privada em atividades de interesse público.

Desde 2015, porém, o montante de repasses ao terceiro setor vem diminuindo, o que reflete a crise financeira por que vem passando o Estado brasileiro. Como indicado acima, na rubrica “terceiro setor” encontram-se entidades de perfil variado, mas o fato é que aquelas de cunho assistencial, voltadas à implementação de direitos sociais, possivelmente também foram afetadas com diminuição de repasses, não obstante inexistam dados concretos nesse sentido.

Independentemente dessa possível afetação, o fato é que não se pode esperar que o Estado seja responsável pela manutenção dessas entidades, até porque foram criadas na esfera privada independentemente de patrocínio estatal.

⁴⁰⁰ Maiores informações sobre as atividades da instituição podem ser vistas no endereço <http://caritas.org.br/>.

⁴⁰¹ Maiores informações sobre a atuação dessa instituição podem ser vistas no endereço <http://memorialchicomendes.org/quem-somos/>.

Assim é que grande parte de iniciativas privadas tem seguimento possível a partir do financiamento por empresas privadas – seja pela consciência, por essas empresas, de sua função social, seja pela possibilidade de explorarem com esse apoio a publicidade positiva daí decorrente.

Ressalte-se, por fim, que não se desconhece a possibilidade de que haja uso deturpado de instituições do terceiro setor por pessoas que, valendo-se de convênios de repasse de verbas públicas, não prestem as contas devidas acerca dos gastos, e cujos dirigentes se valham do manto da solidariedade para conseguir proveitos próprios.⁴⁰²

Esses casos eventualmente existentes, contudo, não afastam o mérito de grande parcela de instituições sérias, que não dependem do apoio estatal para funcionar, não obstante o alcance de suas atividades seja evidentemente impactado pelo maior ou menor apoio governamental.

Também não afetam o argumento que aqui se pretende apresentar, no sentido de que não apenas é possível implementar direitos sociais por intermédio de atores jurídicos alheios ao Judiciário, como também é possível fazê-lo sem a própria participação do Estado, a partir do protagonismo de uma cidadania ativa e solidária da própria sociedade.

Em verdade, tanto aqui quanto nos casos já vistos de efetivação não judicial desses direitos por intermédio da atuação de atores estatais, o alcance e a efetividade dos trabalhos é diretamente influenciado pelo grau de participação popular.

No fim das contas, é a cidadania ativa e a participação tão direta quanto possível da sociedade que trazem eficácia à busca pela implementação de direitos sociais.

⁴⁰² Em hipóteses tais há necessidade de devida responsabilização, pelos mecanismos de controle que o ordenamento disponibiliza para a repressão de condutas irregulares como as narradas.

CONCLUSÃO

Falar em concretização de direitos sociais outrora significava aguardar a boa vontade do Executivo em fazer cumprir promessas de campanha, ou mesmo aguardar mudanças legislativas lentas e influenciadas por variados grupos de pressão.

À sociedade civil não organizada restavam poucos mecanismos de atuação, que não manifestar seus interesses por ocasião das próximas eleições, num ciclo de renovadas esperanças e parcas realizações.

Com a evolução da compreensão majoritária acerca da eficácia da norma constitucional garantidora de direitos – mesmo daqueles de cunho social –, o Judiciário passou a ser mais receptivo à tese da possibilidade de que decisões judiciais pudessem intervir na execução e até mesmo na formulação de políticas públicas, como forma de suprir as posturas omissivas de Executivo e Legislativo e fazer observar a juridicidade do texto constitucional.

A disseminação dessa postura judicial acabou por gerar resistências até mesmo na doutrina constitucional, que passa a repensar a legitimidade dessa atuação e a propugnar pelo estabelecimento de limites.

Na esteira dessas críticas e como reflexo sobretudo do assoberbamento do Judiciário para dar vazão a todas as demandas que passaram a lhe ser trazidas, o espaço da efetivação de direitos sociais passou a ser progressivamente ocupado por outros atores, interessados não no manejo de sua legitimidade processual ativa, mas sim de outros instrumentos hábeis a viabilizar a solução de pleitos sociais sem a necessidade de levar sua apreciação à via judicial.

Esse cenário foi favorecido e impactado pela paulatina mudança cultural que vem havendo em prol da valorização de soluções consensuais, bem como pela facilitação do controle social e da participação popular na esfera pública a partir sobretudo do avanço das tecnologias digitais.

Pretendeu-se neste estudo chamar a atenção para essa mudança em curso, indicando como a própria sociedade vem se dando conta de que em muitos casos é mais efetiva a busca da atuação de órgãos estatais outros que não o Judiciário, ou mesmo a mobilização de setores dela própria, sociedade.

O debate acerca da concretização de direitos constitucionais prestacionais não deve deixar de lado o impacto potencial de atuações possíveis no campo não judicial, razão pela qual a pesquisa procurou não apenas discutir os instrumentos jurídicos que viabilizam a intervenção exitosa de atores variados (públicos e privados) nesse campo, mas também expor diversos casos ilustrativos de como mudanças sociais palpáveis podem ser obtidas extrajudicialmente.

O fato é que a categoria dos direitos fundamentais sociais se revela hoje imprescindível para a consecução do modelo de sociedade desenhado no texto constitucional, o que impõe o aprofundamento dos estudos sobre os caminhos possíveis para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3: 633-729, jan. 2000. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1342286>. Acesso em 04.06.2017.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7: 1359-1387, may 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1342175>. Acesso em 04.04.2017.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55-124.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia: Legis, 2005.

ARMAS, Pedro Carballo. *El Defensor del Pueblo: el ombudsman en España y en el derecho comparado*. Madrid: Tecnos, 2003.

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>. Acesso em 10.06.2017.

ASENSI, Felipe *et. al.* *Ministério Público e estratégias de efetivação do direito à saúde no Brasil*. Disponível em http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2823. Acesso em 25.09.2017.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em 07.11.2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Um debate para o neoconstitucionalismo. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 155-192.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 04.07.2017.

BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário: subsídio metodológico para a compreensão do procedimento judiciário*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1975.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71: 1109-1180, 2006. Disponível em LexisNexis Academic. Acesso em 04.06.2017.

BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais: uma contribuição materialista histórico-dialética*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *In: BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-94.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BURGER, Adriana Fagundes *et. al* (org.). *Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília : ANADEP, 2015. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf. Acesso em 26.09.2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 709-725.

CALABRICH, Bruno (org.). *Modelos de Ministérios Públicos e Defensorias del Pueblo*, v. 3. Brasília: ESMPU, 2014.

CANOTILHO, J. J. *et. al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution. *Buffalo Law Review*, n. 25: 643-690, 1976.

Disponível em http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/buflr25&start_page=643&collection=journals&id=655. Acesso em 25.10.2017.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARAJELESOV, Yuri. *Mídia, direito, desenvolvimento e democracia no Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Direito, política e magistratura*. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *A Procuradoria dos Direitos do Cidadão*. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/a-procuradoria-dos-direitos-do-cidadao-elawiecko-2011>. Acesso em 19.11.2017.

CAVALCANTI, Thais Novaes. *Direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade: por uma teoria sobre o desenvolvimento humano*. Osasco: Edifício, 2015.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três*

Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003, p. 337-491.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. *Revista de Informação legislativa*, v. 35, n. 137: 157-164, jan./mar. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v.1. n.3: 92-99, dez. 1997. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>. Acesso em 07.10.2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 349-395.

DEMARCHI, JULIANA. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35-66.

DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. Disponível em: http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%A9dico. Acesso em 11.05.2018.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2: 324-346, 1990. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alblr28&id=340>. Acesso em 29.10.2017.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifício, 2006, p. 115-181.

_____. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 75-120.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Interpretação constitucional: o controle judicial da atividade política. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et. al.* (org.). *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 63-75.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. *In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005, p. 208-221.

_____. Interpretação das normas constitucionais. *In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah M. C. F. (coord.). Coletânea de estudos jurídicos.* Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 447-454.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198: 1-17, out./dez. 1994.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLETCHER, Agnes; O'BRIEN, Nick. Disability Rights Commission: From Civil Rights to Social Rights. *Journal of Law and Society*, v. 35, n. 4: 520-550, dec. 2008. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/40206864>. Acesso em 25.10.2017.

FONSECA, Igor Ferraz da *et. al.* Audiências públicas do Poder Executivo Federal: fatores de efetividade. *Texto para Discussão*, n. 1873. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, set. 2013. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1873.pdf. Acesso em 05.03.2018.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público.* Série Pensando o Direito, n. 38. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma

introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 3-33.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28: 9-32, jul./dic. 2006.

GODOI, Marciano Seabra. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 141-167.

GOLDBERG, Stephen B. et. al. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMEZ, Mario. Social Economic Rights and Human Rights Commissions. *Human Rights Quarterly*, v. 17, n. 1: 155-169, feb. 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/762351>. Acesso em 04.04.2017.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, v. 41, n. 252: 319-338, fev. 2016.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria tem perfil para ser ombudsman na solução extrajudicial de conflitos*. Revista Consultor Jurídico, mai. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/tribuna-defensoria-defensoria-ombudsman-solucao-extrajudicial-conflitos>. Acesso em 19.11.2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1: 9-32, jan./jun. 2001.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. *In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005, p. 168-189.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, P. H. S.; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 07.11.2017.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta.* Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale.* Trad. Alessandro Fusillo e Romolo Rossi. Roma: Carocci Editore, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.* Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W.Norton & Company, 2000.

KELLES, Márcio Ferreira. *Controle da Administração Pública Democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

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

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, v.8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4666>. Acesso em: 31 mar. 2018.

LOBO, Júlio Cesar Matias. A atuação do Defensor Público à luz da Administração Gerencial Pública do século XXI. In: ROCHA, Amélia et. al. (org.). *Defensoria Pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças Editora, 2013, p. 227-270. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO.pdf>. Acesso em 26.09.2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113-143.

LÓPEZ, Manuel García Álvarez-Rubén García. El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26: 127-165, 2010.

LUNA, Ana Cláudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

MAIORANO, Jorge Luis. El ombudsman en America Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 92: 241-256, out./dez. 1986. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181738/000427078.pdf?sequence=3>. Acesso em 21.10.2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

MERRY, Sally Engle. *Getting justice and getting even: legal consciousness among working-class americans*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. *In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 787-831.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. *In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.

_____. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 5, n. 20: 153-181, out./dez. 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 417-450.

_____. A Constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita *et. al.* (org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 653-688.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104: 303-322, jan./dez. 2009.

PACCAGNELLA, Luíz Henrique. Controle da Administração pelo Ministério Público: meio de aprofundamento da democracia. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 177-192.

PAIVA, Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro. *A aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas: uma análise sob a ótica da teoria dos deveres de proteção*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas*

públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-216.

RAMOS, André de Carvalho. Defensoría Del Pueblo na Argentina e o Ministério Público brasileiro: a busca da efetivação dos direitos humanos. In: CALABRICH, Bruno (org.). *Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo*, v.3. Brasília: ESMPU, 2014, p. 15-39.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102: 327-356, jan./dez. 2007.

_____. Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 243-260.

_____. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et. al.* (org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro.* São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REYES S., Pedro Miguel; BRICENO VIVAS, Gustavo. Insuficiencia de los controles tradicionales sobre la administracion. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andres Bello*. Caracas, n.39-40: 199-222, ene./dec. 1988.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199: 25-33, jul./set. 2013.

ROACH, Kent. A Dialogue about Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue. *The University of Toronto Law Journal*, v. 57, n. 2: 449-477, 2007. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4491729>. Acesso em 04.06.2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Anotações sobre a negociação de medidas compensatórias em termo de ajustamento de conduta. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 621-634.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. *In: SILVA, Jéssica A. C. da; ERHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais: homenagem a Andreas Krell*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 183-201.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Transl. Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROSENBERG, GERALD N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROSENVALD, Nelson. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. *In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. Temas atuais do Ministério Público*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 125-159.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 2: 201-222, ago./dez. 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. *In: FUX, Luiz et. al. (coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792.

_____. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 209-227.

SAMPAIO, Jose Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANSON, Alexandre. *Dos grupos de pressão na democracia representativa: os limites jurídicos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação*

constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-284.

_____. *Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União*. Disponível em http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 19.11.2017.

SCHWARZ, Carl E. Non-judicial remedies for administrative abuse: the mexican experience. *Administrative Law Review*, v. 29, n. 1: 115-136, 1977. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40709004>. Acesso em 04.04.2017.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo*. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Péricles Batista. A Defensoria Pública na passagem do século XX ao XXI: da atuação judicial individual para a atuação coletiva, interdisciplinar e extrajudicial. *In: Livro de teses e práticas exitosas: XI Congresso Nacional de Defensores Públicos, Defensoria Pública e seus novos desafios*, p. 98-104. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/livro_teses_e_praticas_exitosas2.pdf. Acesso em 26.09.2017.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização de direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. 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: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

_____. Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico. *In: CLÉRICO, Laura et. al. (coord.). Derechos*

fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011, p. 199-218.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. *In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199-222.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOTO, Tarcisio Oviedo. El ombudsman como organismo de control de la Administración. *Revista de Derecho*, v. 62, nº 196: 129-140, jul./dic. 1994.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 189-207.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169-213.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 42, n. 264: 83-107, fev. 2017.

TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

TUSHNET, Mark. Civil Rights and Social Rights: The Future of the Reconstruction Amendments. *Loyola of Los Angeles Law Review*, n. 25: 1207-1220, 1992. Disponível em http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lla25&start_page=1207&collection=journals&id=1231. Acesso em 25.10.2017.

_____. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

TWEEDY, John; HUNT, Alan. The Future of the Welfare State and Social Rights: Reflections on Habermas. *Journal of Law and Society*, v. 21, n. 3: 288-316, sep. 1994. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1410737>. Acesso em 04.04.2017.

UGGLA, Fredrik. The Ombudsman in Latin America. *Journal of Latin American Studies*, v. 36, n. 3: 423-450, aug. 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3875987>. Acesso em 04.04.2017.

VALDÉS, Daisy de Asper y. A instituição brasileira do "ombudsman": o papel do Ministério Público da União. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 1: 139-152, out./dez. 1992.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 405-429.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003, p. 337-491.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

YAMIN, Alicia Ely. The Future in the Mirror: Incorporating Strategies for the Defense and Promotion of Economic, Social, and Cultural Rights into the Mainstream Human Rights Agenda. *Human Rights Quarterly*, v. 27, n. 4: 1200-1244, nov. 2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20069832>. Acesso em 04.04.2017.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.