

**MARCELA DE OLIVEIRA RAMA**

**Políticas Públicas e Tutela Processual Adequada**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Carlos Alberto de Salles

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2020**



**MARCELA DE OLIVEIRA RAMA**

**Políticas Públicas e Tutela Processual Adequada**

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 Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Carlos Alberto de Salles.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2020**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Rama, Marcela de Oliveira

Políticas Públicas e Tutela Processual Adequada ;  
Marcela de Oliveira Rama ; orientador Carlos Alberto  
de Salles -- São Paulo, 2020.  
189f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Processual) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Processual Civil. 2. Políticas  
Públicas. 3. Instituição. 4. Processo Estrutural. 5.  
Individuais Homogêneos - Tutela Coletiva de Direitos  
Individuais. I. Salles, Carlos Alberto de, orient.  
II. Título.

---

Nome: Marcela de Oliveira Rama

Título: Políticas Públicas e Tutela Processual Adequada

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual Civil.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. : \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. : \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. : \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. : \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



*Aos meus pais, Sonia e João.*

*Ao Guilherme.*



## AGRADECIMENTOS

Daquelas coisas que acontecem sem muito saber o porquê. Depois desses cinco anos, três anos efetivamente como aluna do mestrado além dos dois semestre, um em 2015 e outro em 2016, como aluna especial, as razões se tornam mais claras e a gratidão ainda mais significativa.

Não pela ordem cronológica nem de importância, mas diversas são as pessoas a quem devo meu sincero agradecimento.

Ao meu orientador, Professor Carlos Alberto de Salles, cuja dedicação à academia e à docência pude mais de perto acompanhar e admirar, agradeço a oportunidade. Com seu processo seletivo ímpar, encorajou a minha insistência no ingresso, e ao longo da orientação, me encorajou ainda mais na insistência do conhecimento.

Aos meus amigos do começo da faculdade, Pedro Augusto Simões da Conceição e Mário Gamaliel Guazelli de Freitas. Há 10 anos, em 2009, recém aprovada no vestibular, na sala de calouros, sala XXIII, da turma 183 do Largo São Francisco, eu sequer imaginava um dia concluir o Mestrado. A amizade e o apoio de vocês durante todo esse período contribuiu para que isso fosse possível.

Aos meus amigos “Sallesianos”, em especial Bruno Megna, Bruno Takahashi, Alex Alckmin, Amanda Guimarães, Marcel Hofling, Marília Golfieri e Pedro Perri.

Aos meus colegas do grupo de pesquisa “Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva” e à Professora Suzana Henriques da Costa.

E com os agradecimentos àqueles que mais diretamente me apoiaram no âmbito acadêmico, minha sincera gratidão a quem devo em todos os outros aspectos.

Aos meus pais, Sonia e João, por nunca duvidarem.

Ao Guilherme, que pacientemente suportou cada crise ao longo desses anos.

Minha infinita gratidão a Deus, que sempre me prepara mais do que eu jamais esperei.



## RESUMO

RAMA, Marcela de Oliveira. Políticas Públicas e Tutela Processual Adequada. 186p. 2020. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A partir da instrumentalidade metodológica, como etapa para construir o meio processual adequado, volta-se, inicialmente, para o exame do conflito fora do âmbito da judicialização, ainda que no campo do Direito. A conclusão é inequívoca no sentido da complexidade das políticas públicas, o que dá ensejo, como forma de análise, ao enfoque institucional, assumindo o Judiciário e o processo judicial como pertencentes à dinâmica institucional de tomada de decisão social. Em um diagnóstico sobre o ajuizamento de ações individuais para fins de controle de políticas públicas, estas são objeto de críticas, essencialmente atreladas às consequências negativas geradas. Em contraponto, a ação coletiva, mais especificamente o processo estrutural, é considerado como mais condizente com o controle jurisdicional de políticas públicas, em especial, sob o enfoque da participação e representatividade dos múltiplos interesses envolvidos, além da flexibilização do procedimento. Não se defende a completa inadequação da ação individual, ou mesmo da inadmissibilidade de demandas dessa natureza, tampouco se apregoa a idealização da demanda coletiva como única forma de controle judicial de políticas públicas, mas busca-se propor ferramentas processuais que corroborem para a integração do Poder Judiciário como instituição que compõe o complexo emaranhado de tomada de decisão sobre políticas públicas. Entre as técnicas processuais, dedica-se esta dissertação à tutela coletiva de direitos individuais. Os direitos sociais e as políticas públicas, ainda que na sua vertente individualizada, em razão de sua natureza, estão sempre inseridos em contexto coletivo, e como tal, devem ser compreendidos como direitos individuais a serem tutelados coletivamente. A tutela coletiva de direitos individuais é uma terceira via, entre o individual e o coletivo, e exige um procedimento próprio e específico, desenvolvendo novas tutelas para lidar com a complexidade inerente.

**Palavras-Chaves:** direito processual, políticas públicas, instituição, processo coletivo, processo estrutural, individuais homogêneos, tutela coletiva de direitos individuais.



## ABSTRACT

RAMA, Marcela de Oliveira. Public Policies and Appropriate Procedural Protection. 186p. 2020. (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

From the methodological instrumentality, as a step to build the appropriate procedural, it turns to the conflict outside the scope of judicialization, within the field of law. The conclusion is unequivocal in the sense of the complexity of public policies, which gives rise, as a form of analysis, to the institutional approach, assuming the judiciary and the judicial process as part of the institutional dynamics of social decision-making. In a diagnosis of the filing of individual actions for the purpose of controlling public policies, they are subject to criticism, essentially related to the negative consequences they generated. In contrast, collective action, more specifically the structural process, is considered to be more consistent with the jurisdictional control of public policies, especially under the focus of participation and representativeness of the multiple interests involved, as well as the flexibility of the procedure. The complete inadequacy of individual action, or even the inadmissibility of demands of this nature, is not defended, nor is it advocated the idealization of collective demand as the only form of judicial control of public policies. The aim is to propose procedural tools that support the integration of Judiciary as an institution that constitutes the complex entanglement of decision making on public policies. Among the procedural techniques, the present master thesis is dedicated to the collective protection of individual rights. Social rights and public policies, even in their individual aspect, due to their nature, are always inserted in social context, and as such, should be understood as individual rights to be collectively protected. Collective protection of individual rights is a third way, between the individual and the collective, and requires its own specific procedure, developing new forms of protection, in order to deal with the inherent complexity.

**Keywords:** procedural law, public policy, institution, collective process, structural process, homogeneous individual interests (class action), collective protection of individual rights.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>METODOLOGIA DE TRABALHO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 COMPREENDENDO O CONFLITO: POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>12</b>
1.1 INSTITUIÇÃO .....	17
1.2 O PODER JUDICIÁRIO SOB O ENFOQUE INSTITUCIONAL .....	21
1.2.1 O Processo Civil de Interesse Público.....	25
1.2.2 Solucionar o conflito ou dar visibilidade? .....	29
1.2.3. Novamente o enfoque institucional.....	33
1.2.3.1 A intensidade do controle judicial de políticas públicas .....	38
1.3 PROCESSUALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	40
1.3.1 Enfoque material .....	43
1.3.2 Enfoque formal.....	46
<b>Síntese .....</b>	<b>49</b>
<b>2 TRATAMENTO ADEQUADO E O PROCESSO PARA CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>51</b>
2.1 O AJUIZAMENTO INDIVIDUALIZADO .....	54
2.1.1 Ações individuais e o mínimo existencial? .....	57
2.2 CRÍTICAS AO AJUIZAMENTO DEMANDAS INDIVIDUAIS .....	60
2.3 OS LITIGANTES NAS AÇÕES INDIVIDUAIS .....	70
2.4 POR QUE O PROCESSO COLETIVO E REFORMA ESTRUTURAL? .....	73
2.5 AS DIFICULDADES DA AÇÃO COLETIVA E DO PROCESSO ESTRUTURAL.....	80
2.5.1 Decisões estruturais x alcance de situações individuais pretéritas .....	85
2.6 APONTAMENTOS PARA ADEQUAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	88
2.6.1 Cognição .....	91
2.6.1.1 O problema das liminares .....	93
2.6.1.2 A defesa do Poder Público.....	95
2.6.1.3 Uma tentativa de organizar e compreender a estrutura de uma política pública.....	98



2.6.1.4 A cognição em demandas sobre políticas públicas .....	100
<b>2.6.2 Gerenciamento.....</b>	<b>103</b>
<b>Síntese .....</b>	<b>108</b>
<b>3 TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS: TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO E TÉCNICAS DE JULGAMENTO AGREGADO DE DEMANDAS .....</b>	<b>110</b>
3.1 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – BREVE ANÁLISE.....	116
<b>3.1.1 IRDR – Dois julgamentos sobre políticas públicas .....</b>	<b>118</b>
3.2 AÇÃO COLETIVA PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	
124	
<b>3.2.1 Direitos Individuais Homogêneos .....</b>	<b>125</b>
3.2.1.1 Litígios de difusão rradiada – contribuições da classificação.....	129
3.3 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	132
<b>3.3.1 Tutela Coletiva de Interesses Individuais .....</b>	<b>133</b>
<b>3.3.2 ACIH – caso dos autistas .....</b>	<b>140</b>
<b>Síntese .....</b>	<b>147</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>150</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>153</b>



## INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação está inserido na questão do controle judicial de políticas públicas, assunto debatido por diversas áreas do Direito e sob diferentes enfoques, há algum tempo. Contudo, não está esgotada a discussão, ao contrário, permanece intenso o debate e a necessidade de aprimoramento da técnica processual.

Nada obstante o termo política pública possa ser compreendido, em um sentido lato, como escolhas feitas pelo Legislativo e também pelo Executivo, em textos normativos que regulam relações estritamente privadas,<sup>1</sup> com a finalidade de delimitação do objeto desse trabalho, e considerando que nessa acepção nem todas as políticas públicas se referem à direitos sociais, a expressão “política pública”<sup>2</sup> no presente trabalho refere-se aos programas de ação governamental que visam à concretização de direitos sociais constitucionais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal.

Feito esta primeira delimitação, é inegável a existência de inúmeras demandas ajuizadas com objetivo de obter do Estado a efetivação de direitos sociais previstos na Constituição, principalmente no que se refere à educação e à saúde.<sup>3</sup>

O Supremo Tribunal Federal há muito reconhece a possibilidade jurídica dessas demandas e tem confirmado as decisões de procedência que declaram o direito e determinam ao Estado o cumprimento de obrigação de fazer, seja para fornecer gratuitamente medicação (RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 23/08/2000) ou oferecer vaga em creche (RE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07/11/2005), sob o fundamento de que o Poder Judiciário tem compromisso com a efetividade dos direitos

---

<sup>1</sup>Nesse sentido afirma Salles que “mesmo controversias estritamente privadas podem ser entendidas a partir daquelas políticas levadas em conta pelo legislador ao realizar opções contidas no texto legal”. SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 238.

<sup>2</sup>O conceito jurídico de políticas públicas será objeto de análise em tópico próprio do trabalho (ver item 3).

<sup>3</sup>Vide por exemplo as seguintes pesquisas empíricas: CEBEPEJ e FGV DIREITO SP. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, 2014; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo. “*Justiça Pesquisa*” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

sociais e o Poder Público deve por em prática políticas sociais e econômicas que visem concretizar os objetivos proclamados na Constituição.<sup>4</sup>

O instrumento por meio do qual a questão das políticas públicas é levada ao controle do Judiciário e através do qual a árdua tarefa de escolha se realiza neste âmbito é inevitavelmente o processo, e, portanto, se faz necessário o exame dos mecanismos judiciais que possibilitem tutelar esses direitos sociais de maneira apropriada.

Nos ensinamentos de Dinamarco, “as normas processuais entram em operação quando algum sujeito, lamentando ao Estado—juiz um estado de coisas que lhe desagrada e pedindo-lhe uma solução favorável mediante invocação do direito material, provoca a instauração do processo”.<sup>5</sup>

A esse propósito, Salles<sup>6</sup> aponta que ações para vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores consagrados constitucionalmente conformam um novo modelo de litigância civil, Litigância de Interesse Público (LIP) e, portanto, é preciso que o direito processual apresente respostas para esse novo tipo de lide, o processo civil de interesse público.

Com efeito, a decisão judicial envolvendo políticas públicas depende, em primeiro lugar, da habilidade do julgador compreender o problema adequadamente. Uma vez compreendido, avançar em uma forma de tutela que viabilize uma adequada resposta às potenciais questões policêntricas, técnicas e prospectivas.<sup>7</sup>

É essencial compreender que não se confundem o direito em si (“*right*”), a forma de proteção devida àquele que tem um direito violado ou ameaçado (“*remedy*”) e uma dessas formas de proteção, com imposição de obrigações de caráter coercitivo

---

<sup>4</sup>Nesse sentido conclui Grinover: “a posição da mais alta corte do país é firme no sentido da possibilidade e até da necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas, acompanhada de maneira uniforme pelos juízes e tribunais de todo o país”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 50.

<sup>5</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>6</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

<sup>7</sup>Segundo Fuller, há elementos policêntricos em praticamente todas as questões levadas à decisão judicial. A distinção é o grau e a predominância de questões policêntricas, e a depender da intensidade, a solução por outras vias que não a Judicial pode ser mais adequada. No original: "There are polycentric elements in almost all problems submitted to adjudication. [...] It is a question of knowing when the polycentric elements have become so significant and predominant that the proper limits of adjudication have been reached". FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, n, 92, 1978, p. 397-398.

(“*injunction*”)<sup>8</sup>. Em outras palavras, as “*injunctions*” são um dos possíveis “*remedies*” para proteção de um direito (“*right*”). No tema políticas públicas e de seu controle judicial, muitas vezes, esses três aspectos são tratados como um só. E a partição tem sua utilidade para análise do tema. A partir do entendimento do próprio direito, pensa-se nas formas de tutelar e nas possíveis ordens judiciais aptas para tanto.<sup>9</sup>

A primeira etapa é a compreensão do direito em si, e não é tarefa simples quando o assunto é políticas públicas, já que, muitas vezes, o direito é construído ao longo do processo judicial e não simplesmente apresentados prontos. Em uma segunda etapa, embora igualmente se trate de um juízo de adequação, passa-se ao desenho da forma de proteção (“*remedy*”). Se o direito em si não é bem compreendido, e objeto de profunda cognição, o desenho da solução que decorre igualmente não é satisfatório.

Observe-se que essas duas etapas não necessariamente correspondem à tradicional divisão do processo em fase de conhecimento e da fase de execução/cumprimento de sentença, e que muitas vezes não se sustenta em demandas judiciais envolvendo políticas públicas. As duas etapas descritas indicam, na verdade, sequências lógico-rationais, para adequação da solução judicial ao problema.

Opta-se neste trabalho pelo enfoque no primeiro aspecto, qual seja, o da cognição, o que certamente reflete na fase seguinte, de execução, na qual se busca, além da construção de uma solução, a imposição desta.<sup>10</sup> Há, claro, uma relação indissociável entre as duas fases, e a falha na primeira, gera impactos significativos na fase subsequente. Como já apontava Calmon de Passos: “a crise na execução [...] tem origem na própria

---

<sup>8</sup>FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 104.

<sup>9</sup>Sobre o assunto afirma Marinoni que: “As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar formas capazes de atendê-las” (MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 250/252).

<sup>10</sup>As duas fases da tomada de decisão na litigância de interesse público são identificadas por Sabel e Simon, na relação entre o direito e o remédio, com a fase de determinação do direito ou da responsabilidade (“*rights declaration*”) e a fase de implementação (“*remedial formulation*”). SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

cognição, que a precede. Cognição imperfeita, demorada, inadequada significa execução imperfeita, demorada, inadequada”.<sup>11</sup>

O processo para controle jurisdicional de políticas públicas pode ter variadas características, porquanto o mesmo direito, quando expressado em pedido de tutela jurisdicional, manifesta diferentes conformações. Não é outra a conclusão de Salles que, reconhecendo os direitos sociais como conflitos plurilaterais, aduz que “é o pedido formulado na ação que acaba emprestando a configuração final desse interesse em juízo”.<sup>12</sup>

Para fins de estudo, mostra-se útil a classificação dos processos em dois grandes grupos: i) o microssistema de processos coletivos e ii) os tradicionais processos individuais.

Não se ignora a classificação proposta por Grinover<sup>13</sup> e Watanabe<sup>14</sup>, que, considerando o aspecto coletivo de algumas ações individuais, além da tradicional partição dos processos em individuais e coletivos, apresentam duas outras distinções: ação individual com efeito coletivo e ação “pseudoindividual”.

A primeira refere-se ao alcance coletivo do provimento jurisdicional, no sentido de que mesmo proposta por um ou alguns dos indivíduos, todos serão necessariamente beneficiados, porquanto o escopo da ação diz respeito a todos. E a distinção entre ações individuais de efeitos coletivos e ações “pseudoindividuais” apontada por Grinover, é que nestas o pedido, embora baseado num direito subjetivo, só poderia ser formulado coletivamente, porque atinge diretamente a todos. A relação jurídica de direito material nesses casos é incindível e unitária, portanto, só poderia ser resolvida de maneira igual para todos.

Nessa categorização, Watanabe complementa que sendo a relação jurídica material incindível, ações individuais não são admissíveis, por significarem *bis in idem*,

---

<sup>11</sup>PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Crise do Processo de Execução. In: ASSIS, Araken de; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *O Processo de Execução*: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 191.

<sup>12</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As Grandes transformações do Processo Civil Brasileiro*: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

<sup>13</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al (Coord.). *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. São Paulo: RT, 2014, p. 1431-1436.

<sup>14</sup>WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011.

uma vez que o ajuizamento dessas ações de maneira individualizada poderia dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, não tolerados pelo ordenamento. O professor explica, apoiado nas lições de Barbosa Moreira, que todas essas ações individuais, na verdade, buscam a “tutela de posições individuais, que se inserem homoganeamente na situação global, de modo que a decisão deve ser do mesmo teor para todos que se encontrem na mesma situação jurídico substancial, o que significa que uma só demanda seria suficiente para a proteção da totalidade de usuários”.<sup>15</sup>

A respeito dessa classificação das ações pseudoindividuais, acrescenta Zufelato que estas “embora sejam propostas como ações individuais, possuem objeto que transcende a exclusividade da esfera jurídica do autor, de forma que a decisão sobre ela inexoravelmente atingirá uma coletividade de sujeitos; essa demanda, em realidade, é individual quanto ao autor, mas coletiva quanto aos efeitos”.<sup>16</sup> Cita como exemplo uma demanda proposta por deficiente físico que pleiteia em seu nome a adaptação dos meios de transportes públicos. Se procedente, haveria um efeito coletivo, já que a adaptação pleiteada alcançaria todos os deficientes físicos que utilizem esses mesmos meios de transporte.

Diante dessa proposta de classificação em pseudoindividuais e individual de efeito coletivo, a utilidade da distinção pode ser questionada em uma sociedade de massa, na qual a maior parte das relações jurídicas são efetivamente unitárias e afetam diretamente a todos. Por se tratar de relações massificadas, os efeitos que decorrem das ações judiciais, ainda que individuais, refletem nos demais, ainda que indiretamente, seja no repasse dos custos que decorrem das decisões judiciais, seja em razão da mudança de postura do demandado, por exemplo.

As demandas relacionadas às políticas públicas, a princípio, poderiam ser rotuladas tanto de pseudoindividuais ou mesmo de ação individual de efeitos coletivos, já que “a despeito de se tratar de uma questão de alocação de bens escassos (justiça distributiva), a judicialização dos direitos sociais (políticas públicas) frequentemente se

---

<sup>15</sup>WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 160.

<sup>16</sup>ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 328.

realiza de forma individualizada, pois os direitos sociais são direitos de todos, mas também são direitos de cada um”.<sup>17</sup>

Sem ignorar a proposta de nova classificação apresentada pelos professores Grinover e Watanabe e a sua contribuição para o tema, adota-se aqui, e como ponto de partida, a clássica categorização binária em ação coletiva e ação individual.

Historicamente, as demandas relacionadas ao tema e suas respectivas decisões têm caráter individual<sup>18</sup>, embora de forma recente seja possível notar uma tendência em coletivizar o pedido feito ao Judiciário, como no caso dos autistas (Ação Civil Pública nº 053.00.027139-2, TJSP), o caso das creches na cidade de São Paulo (Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, TJSP) e ADPF Nº 347/STF (com a declaração liminar do “estado de coisas inconstitucional” sobre o sistema penitenciário brasileiro).

A tutela coletiva das pretensões por políticas públicas e por direitos sociais, e mais precisamente, o processo estrutural, é apontado pela doutrina<sup>19</sup> como mais adequada. No entanto, as ações coletivas não obstam, em regra, o acesso individualizado ao Judiciário.<sup>20</sup> Portanto, ainda que a tutela coletiva desses direitos fosse mais recomendável, como adverte Silva “não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas”.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup>SALLES, Carlos Alberto de; COSTA, Susana Henriques da. *Processos Coletivos e controle judicial de políticas públicas*: homenagem a Professora Ada Pellegrini Grinover. No prelo.

<sup>18</sup>Essa é a conclusão de diversas pesquisas empíricas realizadas sobre o controle jurisdicional de políticas públicas. Dentre elas podemos citar as conduzidas com relação a área da saúde por Carlos Alberto de Salles (SALLES, Carlos Alberto de. *Dois faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As Grandes transformações do Processo Civil Brasileiro*: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009) e também por Fernanda Vargas Terrazas (TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres*: o caso das demandas judiciais por medicamentos. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008) e por Carolina Martins Marinho (MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais*: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009).

<sup>19</sup>Nesse sentido a conclusão de Canela Junior: “o processo coletivo é o instrumento adequado à efetivação dos direitos fundamentais sociais, dado a sua inequívoca natureza difusa”. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>20</sup>Sobre a litispêndia entre processos coletivos e individuais, Grinover esclarece que entre ação coletiva e ações individuais não há litispêndia, uma vez que o objeto do processo é diverso, dado que nas ações coletivas o bem é indivisivelmente considerado. WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011.

<sup>21</sup>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: Fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Assim, apesar do debate doutrinário, a realidade dos tribunais brasileiros parece ser a ampla utilização do modelo tradicional de processo individual para reivindicar a prestação de um direito social pelo Estado, trazendo à tona apenas e tão somente o aspecto de direito subjetivo<sup>22</sup>, dotando, portanto, de dimensão individual as normas constitucionais que garantem direitos sociais.

Não é outra a inferência de Costa: “os direitos sociais são direitos de todos, mas também são direitos de cada um. Sob esse último aspecto, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados, podem ser exigidos judicialmente por cada um dos seus titulares”.<sup>23</sup>

A judicialização individualizada, contudo, é alvo de contundentes e relevantes críticas. Em texto dedicado ao estudo da maneira pela qual se dá a proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, Salles adverte que a tutela “individual limita a resposta judicial à esfera de repercussão individual de um determinado direito social e, portanto, afasta da consideração judicial de interesses de maior abrangência, como o daquelas pessoas na mesma situação do autor ou do funcionamento da política pública envolvida com a questão”.<sup>24</sup> Ressalta ainda que, embora os direitos sociais possam se apresentar como individuais, mesmo na demanda individual, sempre há uma faceta coletiva.

Em que pese eventuais aspectos positivos da litigância individual para o jurisdicionado, sob diversos enfoques ela é apontada como insustentável, de modo que técnicas de tratamento, tanto em razão da natureza do direito quanto em razão da litigância repetitiva, devem ser pensadas, especialmente para aprimoramento do sistema de Justiça, de forma que haja uma eficácia geral e controles informais extraprocessuais que reduzam o volume de processos, mas que também tenham efeitos sociais redistributivos.

O tratamento conferido às demandas individuais repetitivas é um ponto sensível do acesso à justiça, em razão da repercussão gerada pelo volume de casos e da existência

---

<sup>22</sup>Na definição de Francisco Amaral: “Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 7 ed., rev. mod. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 224.

<sup>23</sup>COSTA, Susana Henriques da. *A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre direito e processo*. In: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>24</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As Grandes transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

de muitos titulares, com pretensões similares, que, sem recorrer ao Judiciário, não recebem tratamento isonômico. Não se deve olvidar, ainda, a possibilidade de soluções díspares, não desejados na tutela de um direito que, em abstrato, pertence à coletividade e cuja determinação judicial tem reflexos sociais.

Assim, a proposta é o estudo dos mecanismos processuais, em especial a Ação Coletiva para Tutela de Direitos Individuais, com o objetivo de verificar a efetividade e aptidão dessa técnica para atenuar as disfunções apontadas a respeito das demandas individuais, conciliando os diversos interesses envolvidos, diante das consequências sociais e as necessidades imediatas dos autores das ações individuais, bem como as limitações e barreira próprias do sistema adjudicatório.<sup>25</sup>

O problema que a pesquisa tem por intenção enfrentar, portanto, está inserido no debate sobre judicialização de políticas públicas, mais especificamente na adequação da técnica processual para discussão de políticas públicas no âmbito judicial.

Adota-se como premissa a legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas, afastando-se discussões relacionadas à violação do princípio da separação dos poderes, à legitimidade da judicialização das políticas públicas, a saber se decisões judiciais são ou não formulações de políticas e à sistematização ou análise crítica da literatura que se dedica a este debate.

Tomadas tais premissas, a partir da constatação irrefutável que o Judiciário é instado a decidir a respeito, e realizada a delimitação apontada, o objeto da pesquisa é a análise do instrumento, qual seja, os mecanismos processuais, por meio do qual o Judiciário desenvolve sua atividade principal, decidir e com isso, impor o atendimento aos direitos reconhecidos.

A hipótese de pesquisa é, então, a possibilidade do Poder Judiciário, como Instituição, integrar, de forma não disruptiva, a tomada de decisão sobre políticas públicas, através da tutela processual adequada, e neste trabalho especificamente, mediante a utilização de uma das técnicas possíveis, a tutela coletiva de direitos individuais.

---

<sup>25</sup>Na consideração da efetividade da tutela jurisdicional, seguindo os ensinamentos de Salles, devem ser levados em conta os parâmetros de produção e de qualidade, notadamente “os benefícios gerados por um dado mecanismo processual, tendo em vista uma situação concreta”. SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

E sobre esse mecanismo, verificar se como técnica processual própria, tem o potencial de, considerando as dificuldades de tratamento do conflito envolvendo políticas públicas, conjugar a imediatidade própria das ações individuais com a faceta coletiva do direito envolvido, em especial, sob o aspecto da cognição e da flexibilização do procedimento, levando em conta seus aspectos material (definição do objeto do processo) e, também, processual.

O trabalho, dividido em três partes, se inicia com uma breve análise do que se compreende por política pública fora do âmbito da judicialização, buscando, sob o enfoque da instrumentalidade metodológica, compreender o tema que é objeto do processo do ponto de vista do direito material, para que seja, então, possível determinar a melhor resposta processual para o tipo de conflito estudado. A conexão entre o que se compreende por políticas públicas no âmbito extraprocessual e a judicialização é construído a partir do conceito de *instituição*, sob a perspectiva de que o Poder Judiciário e o processo judicial integram os processos decisórios sociais, devendo ser coordenados e congruentes com as demais instituições que permeiam a tomada de decisão social.

A segunda parte, já na esfera das políticas públicas judicializadas, tem por objeto o estudo de como ocorre a atuação do Judiciário nesse campo, em um exame descritivo das possíveis causas e também das críticas feitas ao ajuizamento individualizado e também do que se considera ideal para a atuação judicial no campo das políticas públicas.

Por fim, mas não menos importante, a última parte do trabalho é dedicada à Ação Coletiva para Defesa de Direitos Individuais, enquanto técnica processual, com a finalidade de aferir se a hipótese de pesquisa se sustenta, ou seja, se essa técnica pode ser utilizada para adequação da tutela jurisdicional, minimizando os efeitos negativos indicados, sem com isso ignorar os interesses que justificam a propositura de demandas individuais envolvendo direitos sociais e políticas públicas.

## METODOLOGIA DE TRABALHO

Esclarecidos o tema e as questões que serão abordadas, a metodologia adotada se divide em método dialético, com análise e discussão das posições doutrinárias e em método empírico-jurisprudencial, com estudo de casos práticos. O escopo principal do presente trabalho é marcado pela razão teórica, buscando descrever o que é o controle judicial de políticas públicas, e como ele é feito, seguindo-se de descrição, também, de técnicas processuais voltadas para tratamento de demandas individuais repetitivas e tutela coletiva de direitos individuais. Objetiva-se, igualmente, a possível aplicação dessas técnicas, momento no qual se volta para uma pesquisa guiada pela razão prática.

A fim de caracterizar e demonstrar possibilidade de classificar as demandas de políticas públicas como individuais homogêneas e/ou repetitivas, além dos aportes doutrinários, pretende-se a realização de breve estudo de casos, com pretensão meramente elucidativa.

Através da análise específica dos casos práticos relevantes encontrados, pretende-se confirmar ou afastar a hipótese levantada de que essa técnica processual é instrumento viável para propiciar o controle jurisdicional de políticas públicas de maneira mais adequada, no sentido de “saber se o que se obtém através de um sistema de adjudicação é desejável em relação aos fins que se destina”.<sup>26</sup>

Para confirmação ou refutação da hipótese da presente pesquisa, será adotada a construção tanto de argumentos, que, para serem confirmados, serão testados em face de algum fato e de afirmações. Estas, para terem seu caráter científico confirmado, devem ser construídas com rigor lógico interno e suficientemente escoradas em normas aceitas pelo Processo Civil brasileiro, através de persuasão argumentativa racional.<sup>27</sup>

Em se tratando de estudo relacionado à ciência processual, passa-se necessariamente pela compreensão de que a tutela jurisdicional/processual deve ser adequada ao conflito a ser solucionado, considerando a relação de interdependência entre direito material e processo.

---

<sup>26</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

<sup>27</sup>Nesse sentido, vide: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo: projeto, pesquisa, redação e formatação*. São Paulo: Método, 2015.

A perspectiva metodológica atual do Direito Processual Civil, segundo Salles está pautada na instrumentalidade em relação ao direito material, construindo a ideia de instrumentalidade metodológica, segundo a qual o conhecimento no campo do direito processual parte “da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado”.<sup>28</sup>

É justamente a partir dessa ideia de instrumentalidade metodológica que Grinover conclui que

o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade (de índole individual ou coletiva), para que se obtenha a tutela jurisdicional (ou processual) adequada (ou seja, a resposta justa e alinhada com as pretensões das partes) e a tutela processual adequada só pode ser obtida por intermédio do procedimento adequado, ou seja, do procedimento apropriado à solução de cada conflito surgido no plano sociológico.<sup>29</sup>

Tal concepção do direito processual, acrescenta Salles, altera o enfoque, que passa a ser a tutela jurisdicional, “expressando uma preocupação prioritária do sistema processual com a realização do direito material”,<sup>30</sup> e não só a adequação formal das normas procedimentais.

Em síntese, a instrumentalidade metodológica busca a partir do conflito específico (crise do direito material), construir a solução processual adequada, sendo esta a premissa metodológica adotada no presente trabalho.

---

<sup>28</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 16-27.

<sup>29</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.16.

<sup>30</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999, p. 35.

# 1 COMPREENDENDO O CONFLITO: POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir dessa premissa metodológica, antes de tudo, necessário então compreender o conflito sociológico, destacado do contexto de judicialização.

O estudo de políticas públicas, fora do campo do Direito, segundo Souza<sup>31</sup> surge nos Estados Unidos, relacionado com o tema ação dos governos, contando com quatro fundadores: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Eston. São múltiplas as definições e a conceituação, mas Souza sintetiza política pública “como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar ‘o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”<sup>32</sup> e conclui que a política pública envolve vários atores e níveis de decisão, focalizando o processo e não os resultados e consequências da política (que é objeto de estudo da política social).

Já no campo do Direito<sup>33</sup>, adverte Bucci que “para conhecer uma política pública, sua existência, sua conformação e adequação, é preciso apreender as informações oriundas principalmente do Poder Executivo”<sup>34</sup>, já que ao Judiciário são apresentados apenas os reflexos, parcelas, aplicações da política pública.

Deixando de lado, por ora, a judicialização, o conceito, clássico e largamente reproduzido, de política pública no Direito é o cunhado por Bucci:

programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo judicial - visando a

---

<sup>31</sup>SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 67-68.

<sup>32</sup>SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 69.

<sup>33</sup>E não estritamente no campo do Poder Judiciário. Nesse sentido: “Muito embora a arena judicial seja apenas a mais visível das esferas de aplicação do direito, é sempre bom lembrar que o direito se aplica de outras maneiras: os órgãos públicos aplicam-no ao exercer suas tarefas de polícia e regulação, os grandes interesses particulares aplicam-na ao elaborar negócios jurídicos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 166.

<sup>34</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>35</sup>

Para melhor compreensão do fenômeno na realidade social e jurídica, necessário compreender o contexto em que se insere o citado conceito de políticas públicas apresentado.

Adotando, ainda que em linhas gerais, o enfoque do direito material, a análise feita por Bucci<sup>36</sup> examina o fenômeno governamental da política pública, enquanto manifestação juridicamente disciplinada, em três planos de aproximação: macro, meso e micro institucional. O plano macro institucional (“*politics*”) compreende o governo propriamente; no extremo oposto, o plano micro institucional considera a ação governamental como unidade atomizada de atuação do governo. Na posição intermediária, no plano meso institucional, analisam-se os arranjos institucionais, isto é, a ação governamental, agregada em unidades maiores (“*policies*”).

Para os fins pretendidos por esse trabalho, interessa a compreensão do plano micro, isto é, ação governamental e o plano meso, ou seja, os arranjos institucionais. Define citada autora ação governamental como o “movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir do impulso do governo. A apresentação exterior da política pública se materializa num arranjo institucional, conjunto de iniciativas e medidas articulado por suportes e formas jurídicos diversos”.<sup>37</sup>

O arranjo institucional, portanto, “conota o agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão anterior, com sentido sistemático”.<sup>38</sup> O arranjo institucional de uma determinada política pública pode dar origem a um modelo institucional, isto é, “um padrão de arranjo institucional, passível de

---

<sup>35</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>36</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>37</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

<sup>38</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

aplicação e replicação em contextos semelhantes”<sup>39</sup> e acrescenta que “como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.<sup>40</sup>

Destrinchando o já clássico conceito de política pública de Bucci<sup>41</sup>, programa é a dimensão material da política pública, e, portanto, deve especificar os objetivos a atingir e os meios correspondentes, indicando o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer.

Já a ação governamental, como já ressaltando, é o impulso do governo na máquina pública. Tal impulso resulta de um processo ou conjunto de processos regulados, ou seja, trata-se de uma “sucessão de etapas da via institucional de um política pública, desde a inserção do problema na agenda política, até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada de decisão em si”<sup>42</sup> e os processos (aqui compreendidos em sentido amplo) estruturante de atuação do Poder Público abarcam o processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e também o processo judicial.

Toda essa atividade é voltada para realização de objetivos sociais, moldados pelo Legislativo, tal como afirma Coutinho,<sup>43</sup> cabendo os ajustes ao Judiciário e a implementação ao Poder Executivo.

Sob a premissa que se tem claro o objetivo a ser alcançado, qual seja, a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente (direito como objetivo), o recorte aqui é qual o caminho, ou em outras palavras, quais os instrumentos devem ser manejados para atingir a finalidade preconizada na Constituição. Política pública, em sentido material, portanto, indica os instrumentos que são utilizados para concretização objetivos sociais.

---

<sup>39</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237-238.

<sup>40</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>41</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40/41.

<sup>42</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

<sup>43</sup>COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: ed. UNESP.

Tal relação de instrumentalidade da política pública na concretização de direitos sociais, fica ainda mais evidente à luz dos papéis do Direito na concepção, implementação e gestão de políticas públicas apresentados por Coutinho<sup>44</sup>: Direito como objetivo (ponto de chegada), como vocalizador de demandas (quem são os interessados), como ferramenta (quais os instrumentos e veículos para implementação para fins da política) e como arranjo institucional (mapa de responsabilidade e tarefas – escolha dos objetivos).

Sob o enfoque do Poder Executivo, responsável primeiro pelo manejo dos instrumentos e veículos para implementação dos fins buscados, o programa de ação governamental deve ser estruturado, e tal estruturação se dá por meio de normas jurídicas (direito como ferramenta), com utilização de instrumentos normativos, não apenas leis, mas também instrumentos normativos no nível executivo, tais como portarias, decretos, instruções normativas. Esses instrumentos normativos são responsáveis pela estrutura e organização da ação governamental, viabilizando o programa, da forma concebida e preconizada pelo marco legislativo (direito como objetivo).

A organização normativa da política pública é extremamente relevante, pois, como aponta Lemos,<sup>45</sup> o conjunto de normas e leis que regem uma política pública é a fonte de seu funcionamento para o cidadão, para os julgadores e para os administradores. Se a organização normativa não está harmônica e completa, ou se não está claro para o conjunto de seus destinatários, não há como a política ser implementada de maneira eficiente, apontando que a desarticulação normativa, a dificuldade de interpretação de normas e a falta de institucionalização dos programas, que inclui normas jurídicas e administrativas, é justamente uma das causas da judicialização.

Essa organização normativa está inserida no plano micro institucional. Contudo, como já ressaltado, a política pública não se esgota no plano da ação governamental, mas ultrapassa e alcança o plano meso institucional, do arranjo institucional, destacando-se aqui mais um papel do Direito.

Nesse aspecto, as normas jurídicas estruturam o funcionamento da política pública, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre os

---

<sup>44</sup>COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: ed. UNESP.

<sup>45</sup>LEMOS, Julia Coelho. A judicialização da saúde como um sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 399/416.

atores. Afirma Coutinho que “atributos do desenho institucional de políticas públicas – como seu grau de descentralização, autonomia e coordenação inter-setorial e os tipos de relações públicas e público-privadas que suscitam, bem como sua integração com outros programas – de alguma forma dependem, em síntese, da consistência do arcabouço jurídico que as ‘vertebra’”.<sup>46</sup>

Estabelecendo a conexão entre a ação governamental e sua organização normativa, além da inserção dessa ação num sistema, e articulação com outras muitas já existentes ou a serem desenvolvida, resume Bucci que, como tipo ideal, política pública consiste em um arranjo institucional capaz de gerar um “encadeamento de ações” e um regime de efeitos jurídicos, pois são

ações que produzem diretamente efeitos sobre outras relações jurídicas ou que geram os pressupostos para a produção destas novas relações, conexas com as primeiras, de modo que a direção estratégica possa desenrolar-se ao longo de uma cadeia jurídica extensa, que crie uma teia de vinculações ordenadas entre diversos atores sociais, ao longo de um período de tempo abrangente o suficiente para percepção social (mais do que jurídica) de seus efeitos.<sup>47</sup>

Diante dessa construção para compreensão da faceta material do que se denominam políticas públicas fica claro, que mesmo sem considerar a judicialização, a política pública é marcada pela complexidade.

A complexidade do processo de tomada de decisão políticas, segundo Sabatier<sup>48</sup>, se dá em razão da interação de múltiplos atores, por um considerável período de tempo. Cada política conta com diversos programas, distribuídos por diversos locais e níveis de governo, envolvendo disputas técnicas e também valores e interesses arraigados, dinheiro e conflitos de autoridade. A complexidade e o policentrismo são duas características marcantes do tema, tanto assim que Ferraro<sup>49</sup> observa que há uma diferenciação entre a

---

<sup>46</sup>COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: ed. UNESP.

<sup>47</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257.

<sup>48</sup>SABATIER, Paul A. A need for Better Theories. In: SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2007, p. 3-13.

<sup>49</sup>FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 75.

afirmada incapacidade de cognição judicial e uma incapacidade epistêmica relacionada ao próprio problema, e não aos sujeitos específicos quando tentam compreendê-lo.

Defende Souza<sup>50</sup> que o cerne da formulação de políticas públicas está na luta entre os grupos sociais pelo poder e por recursos, e essa luta é mediada por instituições políticas e econômicas, embora haja também outros fatores envolvidos. Assim, como método científico para simplificação e compreensão das situações complexas, adota-se, nesse trabalho, como marco teórico, o enfoque institucional.

### 1.1 INSTITUIÇÃO

O debate das políticas públicas fora do campo jurídico tem sido influenciado pelo neo-institucionalismo, enfoque este que enfatiza a importância das instituições e regras para a decisão, formulação e implementação de políticas públicas.<sup>51</sup> E sempre com objetivo de melhor compreender o conflito no âmbito sociológico para adequação da tutela jurisdicional, se justifica uma breve análise do que se compreende por instituição, sem qualquer pretensão de esgotamento ou aprofundamento do tema.

As instituições, na definição de North,<sup>52</sup> são formadas pelo conjunto de restrições formais e informais concebidas para estruturar a interação política, econômica e social, com a finalidade de criar ordem e reduzir incertezas da interação marcada pela complexidade.

Argumenta citado autor<sup>53</sup> que, diante da complexidade e a incompletude das informações disponíveis, surge a necessidade de desenvolvimento de padrões regularizados de interação humana, que chamamos de instituições, limitando o conjunto de escolhas.

---

<sup>50</sup>SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 83.

<sup>51</sup>SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 81.

<sup>52</sup>“Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)”. NORTH, Douglass C. *Institutions*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, no. 1., 1991, p. 97/112.

<sup>53</sup>NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 13-26.

As instituições, portanto, são sistemas de regras, formais e informais, estabelecidas com a finalidade de minimizar os custos das informações, custos de mensuração e custos de "enforcement", que orientam o comportamento das pessoas.

Muito embora a argumentação a respeito da instituição de North esteja voltada para a teoria econômica, também no âmbito de outras relações que não envolvem propriamente trocas econômicas é possível perceber a relevância do papel desempenhado pelas instituições, como estrutura estável para interação humana.

Instituição tem como traço característico a persistência, ou, em outras palavras, “a reprodução de práticas com base em regras sociais, aí compreendidas as organizações formais, os costumes informais e os processos que estruturam as condutas”,<sup>54</sup> gerando estabilidade. E acrescenta North que

a estabilidade é alcançada mediante um complexo conjunto de condicionamentos que abrange regras formais hierarquizadas de tal forma que cada nível é mais custoso de mudar do que o anterior. Esse conjunto também abrange restrições informais, que são extensões, aprimoramentos e retificações dessas regras e tem uma tenaz capacidade de sobrevivência porque passam a fazer parte dos hábitos.<sup>55</sup>

O papel das instituições está inserido no contexto de tomada de decisões em ambiente complexo, pois como afirma North, “em um mundo de incertezas, nenhum de nós sabe a solução correta para os problemas com que nos confrontamos e por isso ninguém consegue efetivamente maximizar os ganhos”.<sup>56</sup>

Afirma que a estrutura institucional é nitidamente o fator principal da intensidade com que a sociedade e a economia promovem as tentativas, experiências e inovações que são caracterizadas como eficientes pela via adaptativa, proporcionando o incentivo para a consecução de processos de tomada de decisões descentralizados que possibilitem às sociedades maximizar os esforços requeridos para a elaboração de meios alternativos de solucionar problemas.

---

<sup>54</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207.

<sup>55</sup>NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 143.

<sup>56</sup>NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 139/147.

A institucionalização é um método para tomada de decisões coletivas, e o primeiro aspecto a ser considerado é que essa decisão coletiva não é mera soma de interesses individuais, mas sim resultado de uma forma de integração desses interesses individuais. E o segundo aspecto a ser considerado é que os processos para tomada de decisão coletiva “não são neutros, mas produzem desvios sobre as preferências individuais singelamente consideradas”.<sup>57</sup>

Em texto dedicado à descrição do novo institucionalismo na ciência política, Immergut<sup>58</sup> aborda a questão dos mecanismos de agregação dos interesses, afirmando que estes não são somados, mas são remodelados e os mecanismos de decisão coletiva permitem tomar decisões, mesmo onde não haja consenso. O exemplo da autora refere-se aos eleitores e as políticas públicas, pois os procedimentos políticos colocam limites que evitam o caos que haveria se todos os eleitores pudessem opinar.

A decisão sobre política pública, como abordado no item anterior, é complexa e coletiva, e a teoria da instituição aplicada ao campo das políticas públicas indica que estas são influenciadas não só pelos indivíduos e grupos que têm força, mas também pelas regras formais e informais que regem as instituições.<sup>59</sup>

Mas não é só o quadro institucional básico estabelecido que se mostra relevante para compreensão dos resultados sociais, políticos e econômicos gerados pelas instituições. Há que se considerar também as oportunidades concedidas por esse quadro (conjunto de regras formais e informais), e também a estrutura organizacional que dele decorre. Das oportunidades e da estrutura organizacional advém a possibilidade de mudança institucional,<sup>60</sup> já que a estabilidade fornecida pelas instituições não é sinônimo de eficiência.

---

<sup>57</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 207.

<sup>58</sup>IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas*. Coletânea. vol. 1. Brasília: ENAP, 2006, pp. 155-195.

<sup>59</sup>SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 82.

<sup>60</sup>“To begin to get an answer (and it is only a beginning), we need to dig deeper into two key (and related) parts of the puzzle: the relationship between the basic institutional framework, the consequent organizational structure, and institutional change; and the path dependent nature of economic change that is a consequence of the increasing returns characteristic of an institutional framework”. NORTH, Douglass C. *Institutions*. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1., 1991. p. 97-112.

Atrelado à mudança institucional estão as organizações. Ainda de acordo com North,<sup>61</sup> as organizações são grupos de indivíduos vinculados por algum propósito comum, em busca de determinado objetivo, havendo uma influência recíproca entre a organização e o quadro institucional estabelecido e a possibilidade de mudança institucional.

Tal interação (entre a organização, oportunidade e estrutura organizacional do quadro institucional estabelecido) fica bem evidenciada em texto de Immergut,<sup>62</sup> no qual são analisados três modelos (francês, suíço e sueco) de atuação do governo no provimento de assistência médica. A comparação tem o objetivo de demonstrar que as instituições podem explicar tanto a estabilidade quanto a mudança de políticas, sendo justamente o desenho institucional que determina os procedimentos que facilitam ou impedem a tradução de poder político em políticas concretas.

No referido estudo, concluiu a autora que foram precisamente os mecanismos institucionais que definiram quanto era politicamente viável o que se pretendia efetivar, muito embora não se possa ignorar tanto o acaso histórico e a criatividade dos atores e dos interesses envolvidos.

A influência recíproca entre organização, quadro institucional e a viabilidade de mudança institucional fica evidenciada ao se perceber que as oportunidades de exercício de veto e de exercício de influências pelas organizações são determinadas pelas próprias instituições, e que estas surgem em diferentes etapas do processo de formulação das políticas.

A tomada de decisão política, em resumo, está atrelada à dinâmica das instituições sendo o resultado final de uma sequência de decisões tomadas por diferentes atores situados em distintas posições institucionais. O “sucesso” na instalação de determinada política depende, portanto, de uma sucessão de votos afirmativos em todas as instâncias de decisão (“*decision point*”), sendo que na trajetória dessa tomada de decisão, deve-se prestar especial atenção às posições de veto, que são justamente os pontos de incerteza estratégica, em que é possível o exercício de alguma influência dos grupos de interesse (organização).

---

<sup>61</sup>NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.p. 13.

<sup>62</sup>IMMERGUT, Ellen. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen, LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics*. Historical Institutionalism in Comparative Analysis. Cambridge University Press, 1992.

A mudança institucional é, desta maneira e da mesma forma, relevante e “comumente consiste em ajustes marginais no complexo de regras, normas e formas de imposição de cumprimento que constituem o quadro institucional”,<sup>63</sup> visto que a estabilidade geral de um quadro institucional possibilita trocas complexas ao longo do tempo e do espaço. A mudança, em longo prazo, é, então, a consequência cumulativa de inúmeras decisões em curto prazo dos empreendedores e organizações, moldando o desempenho e se valendo das oportunidades oferecidas pelo quadro institucional.

O enfoque institucional busca analisar os efeitos das regras e dos procedimentos para agregar os desejos individuais às decisões coletivas. A partir do marco teórico adotado no trabalho de Bucci,<sup>64</sup> sendo o processo (em sentido amplo e não restrito à esfera do Poder Judiciário) a institucionalização de formas de mediação de diversos conflitos dispersos, nessa ótica, o processo judicial também pode ser visto como forma de institucionalização e operacionalização de políticas públicas. Nesse sentido defende Sabino que “o processo jurisdicional não pode ser desprezado como um importante processo decisório social, inclusive no campo das políticas públicas”.<sup>65</sup>

O processo judicial, destarte, pode ser visto como um desses mecanismos para moldar o desempenho, como oportunidade para mudança institucional, sendo instrumento para operacionalização dos atores (organização) que visam à transformação.

## 1.2 O PODER JUDICIÁRIO SOB O ENFOQUE INSTITUCIONAL

Sob o enfoque institucional, busca-se no presente trabalho confirmar que o Judiciário e o processo judicial são igualmente instituições que também permeiam a tomada de decisão sobre políticas públicas, estabelecendo as regras, tanto formais quanto informais para interação humana na solução de conflitos (aqui em sentido lato, não só de conflitos bilaterais, mas também da contraposição de múltiplos interesses envolvendo a efetivação de valores constitucionais), reduzindo a complexidade da interação envolvendo a definição de políticas públicas.

---

<sup>63</sup>NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.p. 143.

<sup>64</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

<sup>65</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed., Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012, p. 385

A análise institucional, enquanto marco teórico, é relevante, pois nos termos do que afirma Jordão,<sup>66</sup> esta repele alguns raciocínios extremamente simplistas, dentre eles que os tribunais atuam como "corretores" dos "erros" da administração pública. Em contraponto, o raciocínio institucional convida para uma análise mais pragmática, que leva em consideração as complexidades, incertezas e falibilidade que marcam o mundo real da aplicação do Direito.

Prevalece a lógica de que o Judiciário atua, exclusivamente, quando as outras esferas de poder falham. Questionável, contudo, tal premissa, se considerado que o Judiciário é também uma figura institucional, e que, portanto, sua atuação deveria ser encarada como sincrônica à atuação das demais esferas envolvidas.

Nesse sentido sustenta Fiss que:

tais fatores implicam uma ponderação acerca da função judicial, que não é facilmente acomodada e sugerem que as Cortes não são, na verdade, instituições ineficientes, bem como que seu lugar legítimo na organização estatal não depende da falha de outra instituição, seja esta legislativa ou executiva. Sugerem, outrossim, que as Cortes sejam vistas como uma fonte coordenada do Poder Estatal com esfera de influência própria, definida a partir da unificação da ocasião e da função do exercício do poder. O papel judicial é limitado pela existência de valores constitucionais e a função das Cortes é conferir significado a esses valores.<sup>67</sup>

O processo judicial sob o viés institucional pode ser também a oportunidade criada pelo quadro institucional básico para viabilizar a mudança institucional, sendo mecanismo para moldar outras instituições, mas sempre dentro das molduras determinadas pelo próprio processo institucionalizado (quadro institucional estabelecido).

---

<sup>66</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.165.

<sup>67</sup>FISS, Owen As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 128.

Isso porque como aponta Valle,<sup>68</sup> o Judiciário pode ser visto pela sociedade como um “*short cut*” para o enfrentamento de situações que se apresentam ao jurisdicionado individualmente considerado, mas que na verdade, podem se reproduzir aos milhares nas relações entre Estado e cidadãos, evidenciando uma disfuncionalidade do Poder Político. Ou seja, busca-se por meio do quadro institucional do Judiciário a mudança institucional do âmbito da relação ente os cidadãos e o Poder Público quanto às políticas públicas.

As políticas públicas envolvem a atividade de planejamento racional e a consideração global das múltiplas demandas existentes na sociedade, e a tomada de decisão com essa finalidade passa necessariamente por estruturas institucionalizadas, inclusive pelo Poder Judiciário, processo judicial e decisão judicial.

As questões envolvendo políticas públicas, policêntricas e complexas, em essência, por si já constituem um desafio epistêmico, e como tal, potencialmente demandam uma atuação conjunta, isto é, interinstitucional. Como aponta Ferraro, são situações em que, mais do que a escolha daquele que tem mais “conhecimento técnico”, impõe-se uma atuação conjunta.<sup>69</sup> E completa que há casos em que, de fato, apenas uma atuação multi ou interinstitucional conseguirá modificar as situações, e isso não simplesmente por “incompetência” ou “falta de vontade política” dos “poderes majoritários”.<sup>70</sup>

A ideia do diálogo institucional e a inserção do Judiciário nesse cenário de tomada de decisão sobre políticas públicas são marcantes no denominado experimentalismo. A partir do defendido por Sabel e Simon,<sup>71</sup> afastando-se da imposição de ordens, sob a forma “comando-controle”,<sup>72</sup> propõem-se maneiras colaborativas de governança e solução de problemas, com arranjos institucionais flexíveis.

---

<sup>68</sup>VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Judicial de Políticas Públicas: Sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, 2013, p. 387-408.

<sup>69</sup>FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 75.

<sup>70</sup>FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.p. 54.

<sup>71</sup>SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004.

<sup>72</sup>“The command-and-control orientation has three characteristics: First, an effort to anticipate and express all the key directives needed to induce compliance in a single, comprehensive, and hard-to-change decree. Second, assessment of compliance in terms of the defendant's conformity to detailed prescriptions of conduct in the decree. And third, a strong directive role for the court or a special master in the formulation of the

A imposição, a imperatividade, a ordem parecem não alcançar os resultados aguardados. Então, adotando-se uma visão pragmática de solução de problemas de interesse público, propõem os autores a solução por meio da união de conhecimentos dos diferentes atores envolvidos, levando-se em consideração a dispersão e os diferentes contextos, sem a pretensão de apresentar soluções prontas e totais sobre a execução de complexas políticas sociais e econômicas. Ao contrário, as soluções são provisórias, temporárias, experimentais e colaborativas, atentas às suas consequências e sujeitas à revisão. Como afirmam Sabel e Simon a solução é a elaboração dos próprios direitos, e não a execução de uma norma pré-estabelecida, alcançável por uma técnica, tampouco uma discricionariedade.<sup>73</sup>

Sobre o assunto afirma Marinho que "a saída institucional proposta pelo experimentalismo parece conseguir acomodar, por meio do diálogo institucional, possibilidades alternativas da relação entre as Cortes e os poderes políticos".<sup>74</sup> Dessa maneira, sendo a formulação e implementação de uma política pública um sistema em que as relações são múltiplas, interconectadas, a análise a partir da perspectiva da instituição pode ser a chave, como perspectiva metodológica para compreensão da "objetivação" e para compreender a trajetória do caminho percorrido até que determinada política se estabilize.

O viés institucional igualmente se justifica na consideração do arranjo das políticas públicas, arranjo este, que, como visto, é adjetivado de institucional.

Como esclarece Sadek<sup>75</sup>, com a Constituição de 1988, o Judiciário foi erigido como uma instituição com peso igual ao conferido ao Executivo e ao Legislativo, sendo a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos de igualdade

---

remedial norms." (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004).

<sup>73</sup>"Both rights essentialism and crude positivism understate the interdependence of rights declaration and remedial formulation. The remedy is an elaboration of the rights in question: it is not a technical effort to execute an already defined norm, as rights essentialism implies; nor is it an exercise of instrumental discretion, as crude positivism suggests." (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004).

<sup>74</sup>MARINHO, Carolina Martins. *Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana*. 2018. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 73.

<sup>75</sup>SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012. 2 ed., p. 5-19.

estabelecidos formalmente prevaleçam na realidade concreta e o cidadão passou a ter nesta instituição um espaço para garantia dos direitos.

As políticas públicas como instrumento de concretização dos direitos sociais, como analisado no tópico anterior, necessitam de uma série de processos e decisões coordenadas em direção à sua implementação e não há razão para que as decisões judiciais não possam também integrar esse processo, atuando em coordenação com os demais atores institucionais da política pública, desde tal interação seja também institucionalizada, isto é, conte com regras, formais e informais, que pautem essa interação, minimizando os custos e administrando as situações de conflitos e tensão que decorrerem dessa relação.

### **1.2.1 O Processo Civil de Interesse Público**

As questões de políticas públicas que visam concretizar direitos sociais estão inseridas no contexto de ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário, para além da tradicional função de resolver conflitos essencialmente privados, entre particulares.

Enxergar o Judiciário como instituição destinada exclusivamente a resolver conflitos privados, segundo Fiss,<sup>76</sup> coloca o Judiciário em uma situação de isolamento institucional e as Cortes não devem ser consideradas isoladamente, mas sim como fontes coordenadas do Poder Estatal, sendo partes integrantes de um sistema político mais amplo. E se o Judiciário tem por função assegurar valores constitucionais, sua legitimidade para atuar no processo (em sentido lato) de concepção, implementação e gestão de política pública depende da sua capacidade em executar sua função social.

Delimitada, no plano material, a temática que será levada para o âmbito do processo (políticas públicas – item 1), ainda com a finalidade de aprimorar a resposta da técnica processual ao direito material, necessário compreender o contexto a partir do qual o Judiciário passa a atuar sobre interesses públicos.

É justamente a partir da constitucionalização dos valores públicos que Fiss<sup>77</sup> justifica a atuação do Poder Judiciário nessa temática, pois este tem o dever de assegurar os valores públicos de caráter constitucional. Defende que essa nova forma de adjudicação é

---

<sup>76</sup>FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 113-114.

<sup>77</sup>FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 120.

marcada por duas características: a ameaça aos valores constitucionais não ocorre por parte de indivíduos, mas por organizações de larga escala e tal ameaça só pode ser eliminada se ocorrer uma completa reestruturação da organização. Entende referido autor que a função da adjudicação nunca fora solucionar controvérsias entre indivíduos, sendo esta, na verdade, uma consequência da genuína função das Cortes, que é dar significado aos valores públicos.<sup>78</sup>

Fica ainda mais claro o argumento de Fiss, sobre a função jurisdicional ultrapassar a função de solução de conflitos privados, ao afirmar, em outro texto, que:

é certo que o início do processo judicial depende da existência de um desacordo entre pelo menos duas pessoas. [...]. No entanto, a função social do tribunal não é resolver o litígio – decidir qual lado está certo – mas determinar o que a Constituição exige e que reformas devem ser instituídas no funcionamento de uma prisão para remover a ameaça que esta organização coloca à Constituição. A distinção crucial sobre a qual insisto é entre o método através do qual uma instituição opera e a função social dessa instituição.<sup>79</sup>

Essa alteração da compreensão do papel do Judiciário é decorrente da própria alteração social, e está atrelada ao contexto histórico. Teria ocorrido, efetivamente, uma mudança na forma de julgamento pelas Cortes, que em momento anterior estavam adstritas à solução de controvérsias particulares, mas “com a mudança da estrutura social, como resultado do surgimento de uma sociedade dominada pela operação das organizações de grande porte e é essa mudança que influencia as alterações nas formas de adjudicação no decorrer do tempo”.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup>“Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression. In my judgment, this has always been the function of adjudication, clearly embraced and legitimated by Article III of the Constitution, and continuous with the role of court under the common law, but within recent decades a new form of adjudication has emerged. This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated”. FISS, Owen M; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 203, p. 287-288.

<sup>79</sup>FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 41.

<sup>80</sup>FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 146-153.

Nesse mesmo sentido, no contexto brasileiro, esclarece Salles<sup>81</sup> que novos interesses foram colocados sob a tutela jurisdicional, deslocando a função tradicional, e trazendo para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público, realizando justiça distributiva. Sintetiza que essa intervenção judicial em questões atreladas ao interesse público é decorrente da crescente atividade legislativa e regulamentar do Estado, própria do Estado social, dirigida à modificação e disciplina de fatores básicos da organização social e econômica, já que os interesses em questão decorrem de valores consagrados no texto constitucional ou da atividade reguladora do Estado.

Sobre o tema complementa Sadek que “a extensão e a complexidade dos direitos sociais garantidos, bem como o grau de detalhamento combinados com a capacidade do Judiciário de exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, propiciaram um aumento substancial das áreas de intervenção e atuação pública deste poder”.<sup>82</sup>

Nessa perspectiva de assegurar valores públicos de caráter constitucional, o controle judicial de políticas públicas também pode ser compreendido como inserido no contexto de controle de constitucionalidade<sup>83</sup>, de modo que o controle pela via de ações individualizadas ou mesmo coletivo trata-se, na verdade, de um controle difuso de constitucionalidade.

O juízo de validade que é feito em relação à política pública e os direitos constitucionais sociais, como adverte Comparato<sup>84</sup>, não se confunde com juízo de validade

---

<sup>81</sup>Afirma que “a colocação sob a tutela jurisdicional de novos interesses anteriormente fora do seu alcance, introduziu um novo tipo de litigância, com diversificação das funções judiciais, deslocando o papel tradicional atrelada à disputas privadas para equacionamento de lides transindividuais, envolvendo interesses coletivos, de larga abrangência e forte peso político, agregando interesses dispersos” (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 55).

<sup>82</sup>SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 81, Aug. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>>. Acesso em: 06 mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. p. 81.

<sup>83</sup>Nesse sentido, Zufelato afirma que “os principais meios processuais de se controlar o cumprimento e a realização das políticas públicas são de duas naturezas: i) as ações constitucionais, conhecidas como ações de controle concentrado de constitucionalidade [...]; e ii) ações coletivas e ações individuais aptas a corrigirem a omissão ou desvirtuamento do Estado na consecução de suas políticas públicas em situações concretas”. ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 315.

<sup>84</sup>COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 185.

das normas e dos atos que a compõe. Contudo, não deixa de ser um juízo de validade em relação aos valores constitucionais.

Há doutrinadores que defendem unicamente o controle concentrado, por meio de ação de inconstitucionalidade de políticas públicas.<sup>85</sup> Argumenta-se que sendo as decisões estruturais de políticas públicas tomadas pelas Cortes Constitucionais, estas estariam isentas de revisão, bem como seriam detentoras de um poder político muito maior em relação aos demais órgãos que formam o Poder Judiciário. Sem negar a importância do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade no âmbito controle judicial de políticas públicas, ou mesmo sua maior efetividade, este não é o objeto deste trabalho.

Assim, neste contexto, ponderando que, tradicionalmente, a jurisdição está desenhada e equipada para a adjudicação de conflitos bilaterais, não se pode olvidar, também, que a positivação dos direitos sociais não permite mera subsunção dos fatos à lei, ao contrário, necessariamente compele o julgador a definir prioridades e instrumentos para sua concretização, saindo da lógica dual de certo e errado, implicando inevitavelmente em escolhas, tanto a respeito de quem vai tomar a decisão, e se o Judiciário é quem vai decidir, também a respeito da alocação de recursos e do interesse público.

Já conhecida a comparação das características do modelo tradicional e do modelo processual para conflitos de interesse público de Chayes,<sup>86</sup> que indica a necessidade de alterações na técnica processual para adequá-la às novas conformações dos conflitos e conseqüentemente as funções atribuídas ao Poder Judiciário. Denominando este novo modelo de adjudicação de “*public law litigation*”, de maneira sintética, argumenta referido autor que, em contraposição ao modelo tradicional bipolar, de oposição entre dois indivíduos com interesses contrapostos, em uma perspectiva reparadora e retrospectiva, no processo civil de interesse público, o próprio escopo da própria ação é modelada pelas próprias partes e pelo juiz, em uma perspectiva de elaboração e futura.

---

<sup>85</sup>Um exemplo é a declaração do estado de coisa inconstitucional do sistema prisional. Nesse sentido: JOBIM, Marco Felix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 461. Comparato também defende a fixação de um órgão com competência exclusiva para o controle concentrado constitucional de políticas públicas e um instrumento processual específico para tanto. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 737, 1997, p. 11-22.

<sup>86</sup>CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 31-69.

O interesse público é aqui compreendido no sentido apontado por Salles,<sup>87</sup> como o resultado da escolha daquele que deve prevalecer dentre os diversos e antagônicos, devendo a busca desse interesse público ser pautada pelo objetivo de distinguir o privado daquele indivisivelmente pertencente a toda coletividade. É justamente o traço da indivisibilidade que o caracteriza, pois esta significa que esses bens são alocados a todo e qualquer membro, não permitindo utilização ou apropriação que impeça o pleno uso por outros de seus membros.

As políticas públicas, no sentido estrito adotado nesse trabalho, estão, portanto, inseridas no âmbito dos processos para solução de conflitos de interesse público, já que a “escolha” do interesse que pode ser adjetivado de interesse público é consubstanciada em políticas públicas (em sentido lato), que expressam as opções realizadas por vários centros de decisões estatais.<sup>88</sup> O controle judicial de políticas públicas envolve sempre algum antagonismo entre o direito social e outros valores consagrados, como a universalidade, a reserva do possível, entre outros, resultando, portanto, em uma decisão que tem por objeto o próprio interesse público.

### **1.2.2 Solucionar o conflito ou dar visibilidade?**

Atribuindo-se essa função de decisão em conflitos de interesse público ao Judiciário, é imperioso observar que a positivação dos direitos sociais rompeu com o monopólio da esfera política como poder ao qual é atribuído o encargo de deliberar acerca do interesse público, gerando uma mudança da própria atividade jurisdicional.

Contudo, como adverte Fonseca,<sup>89</sup> não se pode ignorar que a gestão, implementação e concepção de uma política pública são atividades originalmente atribuídas à Administração,<sup>90</sup> de modo que a decisão do juiz a respeito de políticas públicas acaba, de alguma maneira, se imiscuindo em um elemento de “mérito” da atividade

---

<sup>87</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 68-69.

<sup>88</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

<sup>89</sup>FONSECA, Eduardo José da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. n.37, v. 212.

<sup>90</sup>Nesse sentido: “Cumprе ressalvar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação de políticas públicas, cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.22.

administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida.

No entanto, a não responsividade do Judiciário às demandas sociais significa também um posicionamento ideológico, porque se deixa de agir, ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>91</sup>

A propósito, Galanter<sup>92</sup> aponta que a fronteira em movimento do que se entende por direito exigível atenua a distinção entre justiça corretiva e distributiva, de modo que a própria escolha sobre a iniciativa corretiva a ser perseguida já é uma decisão distributiva política.

Sob outra perspectiva é possível especular se nesses conflitos sociais o papel do Judiciário é efetivamente resolver o conflito, ou ao contrário, se este Poder é apenas um dos atores envolvidos na trajetória do conflito, cuja função é dar visibilidade, gerar desestabilização, pressão política e externalidades, desestimulando a prática de atos contrários ao interesse público que é objeto do processo.

Se repensado o que se compreende por jurisdição e solução de conflito, a maneira pela qual se concebe a atuação do Judiciário na concretização de direitos sociais pode mudar radicalmente.

Essa outra ótica indica que as demandas judiciais propostas não têm por objetivo principal solucionar definitivamente a disputa, mas sim, além do atendimento atomizado de um ou outro caso concreto, atuar como fator de pressão e de visibilidade para que em outra esfera, delibere-se uma solução efetiva para a controvérsia.<sup>93</sup>

Nesta mesma linha, em texto dedicado ao estudo do processo civil de interesse público, Salles reconhece que “a tutela jurisdicional, sistematicamente considerada tem outras implicações não limitadas à realização do direito que assiste à parte” e acrescenta

---

<sup>91</sup>DIDIER JR., Freddie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 365.

<sup>92</sup>GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun.2015.

<sup>93</sup>Nesse sentido: CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, 2009, p. 610.

que a tutela jurisdicional “tem o significado de um recurso potencial, exercendo um importante papel simbólico para afastar o descumprimento da regra de direito material sem mesmo chegar a ser demandado”.<sup>94</sup>

Nesse sentido, Refosco<sup>95</sup> afirma que essas demandas têm um papel de desestabilização institucional, de pressão para deliberação interna no órgão público sobre a ineficiência da política pública, levando o gestor a refletir e explicar o que estava sendo feito sobre daquela determinada política pública.

No contexto de litigância de interesse público, e no âmbito norte-americano, defendem Simon e Sabel<sup>96</sup> um novo modelo para as soluções e decisões (em relação à comparação proposta por Chayes<sup>97</sup>), avançando do que se denomina intervenção “comando-controle” para a intervenção experimentalista. Segundo essa teoria, em razão das dificuldades enfrentadas para implementação das ordens judiciais, há uma tendência em optar por soluções dialogais, com foco no resultado a ser atingindo, e a definição das ferramentas e meios através de negociações entre os envolvidos, institucionalizando um processo crescente de aprendizado e reconstrução. A solução (ou o remédio) que decorre da decisão judicial em processos envolvendo interesse público é a desestabilização, ampliando a capacidade das Cortes e minimizando os questionamentos sobre legitimidade.

O modelo do experimentalismo, como decorrência da desestabilização gerada, defende coagir obediência, induzir deliberação interna e transparência externa, para que então haja negociação deliberativa entre as partes interessadas, pautadas na descrição geral dos objetivos a serem alcançados e em prescrições para medir o progresso das medidas tomadas.

Sob essa ótica do experimentalismo, o que se aguarda da decisão judicial é a constatação da violação de direitos, fixando a responsabilidade e gerando desestabilização da situação encontrada, apontando que algo deve ser feito para cessar a violação de direito.

---

<sup>94</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

<sup>95</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 264.

<sup>96</sup>SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004.

<sup>97</sup>CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 31-69.

A principal contribuição da decisão judicial é indicar publicamente que o *status quo* é ilegítimo e não pode continuar.

Constatada a violação e identificada a responsabilidade, provocando a desestabilização da instituição, abre-se o caminho para negociação e deliberação entre as partes interessadas. Os reflexos, seja da determinação do direito e da responsabilidade, seja do remédio, alcançam o nível individual, institucional e interinstitucional ou social<sup>98</sup> e os efeitos gerados, de maneira muito simplificada, referem-se à incerteza de como será a decisão judicial, à inversão da presunção de legitimidade, e à alteração da relação entre as partes e também novos atores, e potencialmente alcança outras instituições e práticas que igualmente precisam de ajustes.

Este o efeito simbólico das decisões, que não buscam propriamente resolver a controvérsia, mas gerar impactos ou criar curtos-circuitos que possam ser aproveitados para desestabilizar estas práticas persistentes e “expor a inadmissibilidade de condutas violadoras, visando à responsabilização dos perpetradores e, sobretudo buscando abrir canais institucionais para que estas práticas sejam superadas”.<sup>99</sup>

Esse papel é assumido, inclusive, pelos próprios atores envolvidos. Em pesquisa empírica realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, o advogado entrevistado, atuante no caso creche da cidade de São Paulo, conclui que há

um uso estratégico das ações coletivas pelas associações da sociedade civil, mas sempre associado a outras estratégias de aumento de visibilidade da demanda. O pleito é proposto não com vistas a uma vitória em relação ao resultado, mas considerando os efeitos simbólicos e/ou indiretos causados por aquele processo. Portanto, o Poder Judiciário não é visto como o responsável pela solução do problema de direitos em si, mas como um meio para dar amplitude e voz às buscas por direitos.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup>Os efeitos gerados que são assim organizados e classificados por Sabel e Simon em efeitos: véu, *status quo*, deliberação, publicidade, partes interessadas e rede (em tradução livre). SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

<sup>99</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloisa Machado de. Advocacia estratégica em direitos humanos: a experiência do Conectas. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 15, 2011, disponível em <<http://sur.conectas.org/advocacia-estrategica-em-direitos-humanos/>>.

<sup>100</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo. “*Justiça Pesquisa*” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. p. 185.

### 1.2.3. Novamente o enfoque institucional

De qualquer maneira, ainda que se defenda que o papel do Judiciário nestes conflitos de interesse público está restrito ao efeito simbólico, reafirmando a premissa de legitimidade do Judiciário para decidir sobre políticas públicas, necessárias algumas reflexões a respeito da ampliação no sentido de jurisdição.

A partir da década de 80, do século passado, Santos aponta que o Poder Judiciário adquiriu uma posição de protagonismo por duas vias: como instituição necessária para bom funcionamento das regras de mercado e dos contratos privados e como garantidor de direitos econômicos e sociais, justificando que “a redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos” e esclarecendo que “a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial”.<sup>101</sup>

Especificamente a respeito do Brasil citado doutrinador ressalta que a Constituição de 1988 aumenta a expectativa dos cidadãos e a execução deficiente de muitas políticas sociais ali previstas tem o potencial de se transformar em litigância judicial. Salienta, ainda, que essas demandas atendem uma finalidade contra hegemônica, porquanto visam à proteção de direitos e interesses que eram marginalizados, ou, em outras palavras, tutelam aqueles interesses que no geral não tinham voz.

O papel democrático dessas demandas é também apontado por Lopes, ao afirmar que “o processo é, sem dúvida, um instrumento importante de justiça. Ele permite o acesso mais ou menos adequado dessas demandas à arena judicial, em que se pode travar o debate publicamente, com razões universais e compreensíveis por todos, valendo-se da linguagem do direito”<sup>102</sup>, acrescentando que o Judiciário passa a integrar o sistema político e suprir aquilo que não alcança expressão nos poderes majoritários.

---

Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

<sup>101</sup>SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>102</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 180/181.

Esta é, também, uma das peculiaridades do Poder Judiciário ressaltada por Galanter,<sup>103</sup> afirmando que o processo judicial tem traços de igualdade e o litígio se mostra como uma arena particularmente atraente para quem não tem, inclusive para aqueles em busca de mudança de regras.

Em muitos casos, o ajuizamento de demandas acaba sendo a única via para defesa dessa modalidade de interesse e, mais do que isso, ele “acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas”.<sup>104</sup>

Inclusive aponta Komesar<sup>105</sup> que as características do processo de adjudicação favorecem a proteção de minorias concentradas, ao invés de maiorias dispersas, argumentando que esse tipo de processo judicial é mais receptivo às minorias que o processo político majoritário, justamente porque a revisão judicial de uma decisão política tem lugar numa hipótese de mau funcionamento do sistema político, definido como “falhas de representação no sistema como um todo”.<sup>106</sup>

Sem tirar a importância da discussão a respeito do papel democrático da decisão sobre políticas públicas pelo Judiciário, se apresenta como mais compatível com o caráter institucional e o papel do processo sob essa ótica institucionalista a posição de Fiss de que “a função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais”.<sup>107</sup>

Atribuir essa função ao Judiciário passa necessariamente pelo comparativo entre as instituições. Sob o ponto de vista Fiss,<sup>108</sup> na avaliação das instituições deve ser

---

<sup>103</sup>GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Volume 9:1 Law and Society Review, 1974. Tradução livre.

<sup>104</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 237-239.

<sup>105</sup>KOMESAR, Neil K. *A job for the Judges: The Judiciary and the Constitution in a massive and complex society*. Michigan Law Review, v. 86, n.04, Feb. 1988.

<sup>106</sup>KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

<sup>107</sup>FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 126.

<sup>108</sup>FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 146.

considerado o valor de um desempenho bem-sucedido e o grau de êxito das instituições alternativas desempenhando tarefa semelhante, e se deve preservar a função desempenhada com maior êxito. Em uma comparação com a solução na esfera administrativa, o que diferencia as Cortes são justamente as qualidades especiais do processo judicial, isto é, o diálogo processual e a independência.

Sobre o assunto esclarece o autor:

a capacidade que [os juízes] possuem de dar uma contribuição especial para a vida social não decorre de qualquer conhecimento ou traço pessoal, mas da definição da atividade na qual se encontram e através da qual exercem o poder. Essa atividade é estruturada por fatores institucionais e ideológicos que permitem e, talvez, forcem o juiz a ser objetivo – não para expressar suas preferências ou crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, ou as preferências populares, mas para o constante empenho na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais. Dois aspectos da atividade judicial conferem-lhe esse molde especial: a obrigação do juiz de participar de um diálogo processual e a sua independência.<sup>109</sup>

Rebatendo a crítica do ativismo judicial, em outro texto Fiss argumenta que o direito enquanto razão pública não pertence a um julgador, mas sim à história ou a sociedade em geral e a adjudicação continua sendo o processo mais confiável para se “buscar a justiça e dar concreto significado aos nossos valores constitucionais”. É precisamente da justificação em razões publicamente articuladas que a decisão judicial extrai sua força, autoridade e respeito. Em síntese, “o direito é uma ideia. Procura afirmar valores públicos através de um processo de elaboração racional”.<sup>110</sup>

Pode algumas vezes falhar, porque o processo pelo qual a razão é elaborada não pode prevenir a manipulação da decisão, uma vez que “a razão pública, como tudo o que é humano, é imperfeita, mas não mais do que qualquer outra instituição”.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup>FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 130.

<sup>110</sup>FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 331.

<sup>111</sup>FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 331.

Tal constatação deixa muito claro o enfoque institucional escolhido por esse trabalho, evidenciando a relação simbiótica e recíproca existente entre o resultado do processo judicial e a tomada de decisão sobre políticas públicas, e que aquele integra o quadro institucional deste, em atuação interinstitucional.

Nesse enfoque institucional do Judiciário, como possível espaço para equacionamento do assunto, e que participa como instituição na tomada dessas decisões que envolvem interesse público, nem sempre equivalente ou condizente com o interesse individual, relevante a teoria e análise institucional de Komesar.<sup>112</sup>

A teoria referida direciona a análise comparativa das instituições (Mercado, Política e Judiciário) na participação, centrada na identificação de quais são os grupos de interesses que participam efetivamente do processo de decisão, ponderando os custos e vantagens do envolvimento no processo decisório, especialmente diante da dispersão dos benefícios entre os membros da classe e os custos de transação, especificamente os de informação e os relacionados ao grau de organização da classe.

Komesar infere que, comparativamente, o Judiciário é o mais restrito à participação, em decorrência das formalidades e dos custos de informação. Entretanto, as garantias institucionais do processo adjudicatório, de imparcialidade e independência, permitem um “contrapeso” e a proteção do interesse de minorias, que não alcançam voz no processo político.

Por fim, relevante na teoria citada é a discussão a respeito da alocação da autoridade do poder decisório (“*deciding who decides*”). Tão significativo quanto a investigação sobre quais os fins, meios e prioridades socialmente relevantes é o debate sobre quem os escolhe. Há diversas possíveis soluções razoáveis e condizentes com as previsões constitucionais, e a depender de quem faz a escolha, o resultado será um ou outro.

Como adverte Salles, a partir desse comparativo das instituições de Komesar, o Poder Judiciário, “tem por característica decidir *quem* decide em relação a um dado problema”, pois em razão da sua especial colocação entre os processos decisórios da

---

<sup>112</sup>KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

sociedade, o Judiciário pode definir “qual instituição social deverá levar adiante a realização dos objetivos sociais implicados naquele caso”.<sup>113</sup>

Em síntese, particularmente no que se refere ao Judiciário, “em qualquer decisão, o juízo implicitamente opta entre realizar por si mesmo um determinado valor social ou deferir a outra instituição social a opção entre os interesses abrangidos em uma determinada situação”.<sup>114</sup>

E a relevância dessa decisão sobre quem decide é que essa escolha institucional é, segundo Komesar<sup>115</sup>, justamente, a ligação entre o resultado de um direito ou política pública e a determinação destes, o que não decorre simplesmente da escolha dos fins socialmente relevantes.

Se os fins socialmente relevantes são os valores sociais constitucionais, a atuação do Judiciário como instituição na tomada de decisão sobre políticas públicas reforça e corrobora a ideia aqui defendida, de que o processo judicial é uma oportunidade para mudança, integrando a série de processos e decisões coordenadas em direção implementação dos direitos sociais.

Tal particularidade a respeito do Judiciário enquanto instituição com poder de escolha sobre decidir *quem* decide, fica ainda mais clara se adotada a conclusão de Jordão<sup>116</sup> a respeito da intensidade do controle exercido pelo Judiciário sobre decisões administrativas e se este adota uma postura deferente ou não deferente.

Após detida análise sobre a intensidade do controle judicial da Administração Pública, conclui citado autor que, na escolha pela aplicação de um específico modelo de controle judicial (deferente ou não deferente), há uma opção política subjacente de privilegiar ou favorecer uma entre as finalidades conflitantes do direito administrativo (lícita, politicamente legítima e eficiente) e a decisão final a propósito da intensidade do

---

<sup>113</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 103-104.

<sup>114</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 103-104.

<sup>115</sup>No original: “Goal choice may be necessary to the determination of law and public policy, but it is far from sufficient. A link is missed – an assumption overlooked – in analysis that suppose that a given law or public policy result follows from a given social goal. That missing is institucional choice” KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

<sup>116</sup>JORDÃO, Eduardo *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 165-279 e 379-470.

controle judicial revelará uma específica opção por uma das instituições públicas responsáveis, e terá como consequência o fomento de objetivos específicos em medidas específicas.

A decisão do Judiciário sobre *quem* decide, e em si mesmo, uma decisão política, no sentido apontado por Jordão<sup>117</sup>, como aquelas caracterizadas pelo exercício de eleição de prioridades e de balanceamento de finalidades públicas conflitantes, em um espaço de prévia indeterminação.

### 1.2.3.1 A intensidade do controle judicial de políticas públicas

E nesse contexto de que a própria decisão sobre *quem* decide tem um elemento político, relevante a importante e recente mudança legislativa no âmbito do controle de decisões administrativas realizada pela Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em uma tentativa de por fim à desarmonia institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estabelecendo marcos mínimos para o exercício do controle (em sentido mais amplo que o controle de políticas públicas).

As decisões sobre políticas públicas, a rigor, são tomadas no âmbito da Administração Pública, que pela própria função atribuída, tem à sua disposição as informações, a técnica e a rotina para elaboração de políticas públicas. Essa é a ideia central das teorias da deferência<sup>118</sup>, ou da autocontenção do controlador, que se referem “à adoção pelos tribunais de uma postura autorrestritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas”.<sup>119 120</sup>

---

<sup>117</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.80-85.

<sup>118</sup>Sem qualquer pretensão de aprofundar o tema, testes de deferência são comuns na jurisprudência norte americana, firmados a partir dos casos *Skidmore v. Swife Chevron U.S.A., Inc. v Natural Resources Defense Council*. Sobre o assunto: JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>119</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.50.

<sup>120</sup>A palavra deferência, segundo Jordão, é empregada com dois sentidos. O primeiro para indicar uma atitude ou postura respeitosa, essa orientação autorrestritiva, indicativa do modo como se opera o controle judicial sobre a decisão administrativa, e que não implica, necessariamente a manutenção dessa decisão. E uma segunda possibilidade, que se refere ao resultado do controle judicial, ou seja, a solução judicial que não interfere. (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.553).

Em outras palavras, no âmbito do controle judicial de decisões administrativas, considerando a complexidade da matéria é presumível a “correção” da decisão administrativa por órgão administrativo, em razão da atuação rotineira e da dominação a técnica.

Dessa maneira, em eventual revisão, como agora expressamente exigem os artigos incluídos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei 13.655/2018, devem ser considerados os obstáculos e dificuldades reais e as exigências de políticas públicas, de modo que, optando, em sede de controle judicial, por “decidir no lugar do gestor, ele [o Judiciário] deve assumir a competência por inteiro, e não pela metade da parte que mais lhe favorece (prerrogativas e formação do conteúdo decisório)”.<sup>121</sup> Com isso se afastaria, por consequência, decisões pautadas em valores jurídicos abstratos, desconsiderando as implicações práticas do julgamento.

O que se aguarda do Poder Judiciário, inicialmente, é, se identificada a “falha” na política pública, seja decorrente de inexistência dessa política, de insuficiência ou mesmo ocasionada por irregularidade na execução, a declaração dessa omissão e a adjudicação da solução, como ponto de partida, deve se resumir à existência ou não de falha na política pública.

Contudo, mais que declarar, espera-se uma ordem de reparação ao Estado (Poder Público responsável pela política pública), dando início a uma nova etapa. Quanto a esta ordem judicial, abre-se um leque de soluções possíveis, entre duas pontas: i) mínima ingerência, com a simples indicação do resultado que se espera obter (fim a ser alcançado), deixando ao encargo do Poder Público o delineamento da solução e das etapas necessárias para tanto (o que pode ser considerado um controle deferente); ii) máxima interferência, com a descrição pormenorizada e escalonada das ações que devem ser tomadas pelo Administrador (controle não deferente).<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup>PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as pesquisas Acadêmicas*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>.

<sup>122</sup>Essas duas possibilidades de execução são denominadas, respectivamente, de “weak form” e “structural injunction” por Tushnet, a partir do grau de detalhamento e prescrição adotado pela decisão judicial: TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 Harv, INT’L, L.J 189 (2012). In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 58-62.

O primeiro aspecto que deve ficar claro que, embora admitido e essencial, o controle judicial de políticas públicas não deve se converter na arena principal para resolução de questões envolvendo políticas públicas. O Judiciário é apenas uma das instituições que participa e viabiliza a tomada de decisão em questões complexas.

Não se trata, entretanto, de transformar o Judiciário em foro político, para atuar em substituição da Administração. São duas instituições, cada qual com seu papel delimitado e com suas imperfeições,<sup>123</sup> e “ao formular seu edito, o Judiciário não busca aproximar o resultado que poderia ser alcançado no processo político [...]. Em vez disso, a tarefa do Judiciário é dar uma interpretação verdadeira e objetiva da Constituição [...] e consegue esse objetivo por meio de um processo que respeita as restrições da razão pública”.<sup>124</sup>

### 1.3 PROCESSUALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O processo judicial, portanto, não é o primeiro ou principal meio para a solução de questões relacionadas às políticas públicas, que envolve um vasto grupo de pessoas afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos a serem representados no processo, o que implica o risco de produzir uma decisão, antes de tudo, ineficaz e, caso seja aplicada, inadequada para vários dos grupos envolvidos.<sup>125</sup>

Quanto o Judiciário é confrontado com questões policêntricas, Fuller<sup>126</sup> já indicava três efeitos decorrentes: a solução judicial falha, em razão de repercussões não esperadas; afasta-se das soluções tipicamente judiciais; e ao invés de acomodar a natureza

---

<sup>123</sup>Nos termos de Komesar (KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994).

<sup>124</sup>FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 32.

<sup>125</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 561.

<sup>126</sup>No original: "When an attempt is made to deal by adjudicative forms with a problem that is essentially polycentric, what happens? As I see it, three things can happen, sometimes all at once. First, the adjudicative solution may fail. Unexpected repercussions make the decision unworkable; it is ignored, withdrawn, or modified, sometimes repeatedly. Second, the purported arbiter ignores judicial proprieties – he "tries out" various solutions in post hearing, guesses at facts not proved and not properly matters for anything like judicial notice. Third, instead of accommodating his procedures to the nature of the problem he confronts, he may reformulate the problem so as to make it amenable to solution through adjudicative procedures." FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, n, 92, 1978, p. 401.

do procedimento à natureza do problema, este é que é reformulado, para comportar o procedimento da decisão judicial.

Deve se ter em mente, então, que o tema sempre envolve interesse público, alocação de recursos públicos, efeitos distributivos, questões técnicas e essencialmente policêntricas, com decisões voltadas para o futuro. Como afirma Lopes,<sup>127</sup> esses conflitos são plurilaterais e de natureza distributiva e, através de um litígio determinado, questiona-se a organização social.

A plurilateralidade do conflito coloca em choque diversos valores, que devem ser acomodados, com a impossibilidade de utilização da lógica bipolar do processo tradicional.

Enxergar o processo pela lente bipolar resulta na aplicação do que Sabino denomina argumento linear, assim exemplificando: “a Constituição estabelece o dever do Estado de prover saúde a todos, de maneira isonômica; o autor apresenta hipótese em que esse comando foi descumprido, já que ele precisa de medida de saúde que não lhe chegou; isso basta para que lhe seja outorgada, pelo Poder Público o bem almejado”.<sup>128</sup>

Em se tratando de políticas públicas, como assevera Arenhart, não se trata, simplesmente de verificar se o autor da demanda tem um direito que deve ser atendido, “trata-se, ao contrário, de compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, de modo a otimizar a sua convivência e a conferir a melhor proteção possível”.<sup>129</sup>

Necessário bem compreender a natureza distributiva desses conflitos. Muito clara a distinção de Lopes ao afirmar que

distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição de ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça comutativa, ou retributiva ou corretiva. Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior).<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, P. 144.

<sup>128</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 398.

<sup>129</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: RT, nov.-2013, n. 225.

<sup>130</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 144.

Para falar de distribuição, é necessário saber o que há de comum, de indivisível. O autor faz uma comparação com direito do trabalho e direito do consumidor para elucidar o caráter distributivo, afirmando que o trabalhador não tem como definir a produção, pois isto é da esfera da empresa, do capital ou da classe capitalista, assim também o consumidor não tem sobre o mercado de consumo nenhum poder diretivo. Desta forma, o consumidor está para o bem de consumo como o trabalhador está para os bens de produção. O que há de comum a ser distribuído são os agregados dos ônus e dos benefícios do consumo. Se aplicarmos essa lógica às políticas públicas, os cidadãos, beneficiários dessas políticas, não tem poder diretivo direto sobre a concepção, implementação e gestão dessas políticas, contudo, devem ser distribuídos os ônus e bônus dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição.

Essas demandas, portanto, tem caráter distributivo, pois o objeto é reivindicação de compartilhamento de um bem comum e indivisível, já existente ou que deva ser criado. Isso porque a concretização de direitos sociais, como pontua Duarte, “não se resume ao somatório de prestações de natureza individual, mas depende da criação de instituições estatais capazes de implementar programas de ação governamental voltados à realização de uma finalidade de interesse público”.<sup>131</sup>

A plurilateralidade (e seu oposto, a bilateralidade) do conflito está relacionada a compreensão da justiça retributiva e distributiva. Leciona com clareza Lopes<sup>132</sup> que justiça retributiva é um jogo de soma zero, aquele em que o resultado pertence integralmente a um vencedor. A decisão dos conflitos de soma zero tem um caráter binário: certo-errado, ilícito-lícito, culpado inocente, credor-devedor. Já o jogo de soma não zero é aquele cujo resultado é uma forma de participação: o ganhador tem mais, mas não pode excluir o perdedor. Há sempre uma igualdade proporcional e o que está em jogo não é algo que será levado por alguém, mas um produto que será criado por todos.

Nesse panorama, não há outra conclusão que não a inferência de Komesar<sup>133</sup>, de que os juízes são confrontados com uma tarefa singular (excepcionalmente difícil). Mais

---

<sup>131</sup>DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa Direitos Sociais e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

<sup>132</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 144-145.

<sup>133</sup>No original: “As a general matter, judges are faced with a unique (and uniquely difficult) task. More than other decision-makers, they can be expected to evenhandedly and carefully weigh and balance social needs,

do que outros tomadores de decisão, há expectativa de que sejam justos com todos os envolvidos e cuidadosamente pesem e equilibrem as necessidades sociais.

### 1.3.1 Enfoque material

Questão relevante e que merece destaque no tocante a intersecção de políticas pública e processo judicial é como a política pública se traduz em objeto do processo ou, em outras palavras, como o conflito sociológico é traduzido em processual. A transposição do conflito para o âmbito do processo depende de uma “tradução” e nesse aspecto, a definição do próprio direito e conseqüentemente da política pública que se faz necessária para concretização desses direitos acaba sendo definida no âmbito do próprio processo.

Essa tradução do conflito para o âmbito do Judiciário envolvendo políticas públicas é denominada comumente de judicialização da política e, nas palavras de Mancuso, tal expressão “há de significar acesso à justiça de controvérsias envolvendo diversas políticas públicas programadas ou implantadas pelo Estado”, cuja origem está “na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo poder público à população”.<sup>134</sup>

Em linhas gerais, portanto, as políticas públicas se tornam objeto de um processo judicial nos conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais. A denominação “direitos sociais” indica direitos que requerem uma ação estatal. Silva os define como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida”.<sup>135</sup>

A definição do conflito processualizado,<sup>136</sup> entretanto, cumpre uma função central nesses processos judiciais e a construção do conflito processual é resultado da atividade complexa dos juízes e das partes envolvidas, não algo pré-estabelecido. Dessa maneira, a depender da conformação da lide, a solução e a condução do processo serão em uma ou

---

But this weighing and balancing requires them to carefully consider essential institutional realities.” Tradução Livre. Komesar, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 149.

<sup>134</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 74

<sup>135</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros.

<sup>136</sup>Adota-se aqui tal como definido por Gabbay, processualização como a configuração do conflito no âmbito jurisdicional, isto é, transpor do ambiente social para o processual (GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 8-12).

outra direção, sendo inviável o pré-estabelecimento, de maneira rígida, da processualização envolvendo políticas públicas.

Em análise do caso *Brown v. Board of Education*, Puga<sup>137</sup> afirma que a Corte reavaliou os elementos de julgamento do processo que chegaram a eles, e redefiniram o relato do conflito sobre o qual se decidiu, demonstrando de forma clara como a definição do próprio objeto do processo é decorrente exatamente da interação dos atores que atuam no processo judicial, bem como que essa construção da lide condiciona o resultado obtido. Aponta a autora duas funções da construção do objeto do processo: função performativa, com a instauração de um sentido oficial do conflito e a função política da definição da lide, com a demarcação do terreno oficial do debate.

Esclarece ainda que o objeto de processo, enquanto composição de um relato de conflito, não é mera acumulação de feitos juridicamente validados (provados e qualificados legalmente), exigindo o conflito um sentido particular para a questão fática, imprescindível para justificar a intervenção judicial. Uma vez definido o objeto do processo, este ganha legitimidade, com desconsideração de outras versões desse mesmo conflito.

É evidente que a definição do conflito processualizado é circunstanciada pelas exigências que derivam da dinâmica interna do processo de coordenação institucional no Poder Judiciário, justificando, mais uma vez, o enfoque institucional, já abordado.

As políticas públicas são, como analisado em tópico anterior, marcadas pela complexidade, que é inevitável e decorre da própria natureza dos direitos sociais que as políticas públicas objetivam concretizar.

A complexidade e os múltiplos interesses envolvidos são um verdadeiro desafio em termos de processualização, gerando uma grande dificuldade na própria definição do objeto do processo e também na identificação dos diferentes interesses envolvidos, que devem ser tutelados. A respeito da complexidade e dos múltiplos interesses que são levados ao Judiciário afirmam Moreira e Ferraro<sup>138</sup> que há um incremento em dinamicidade e número de afetados, mas não apenas isso, os diversos interesses encontram-se também imbricados, isto é, não estão isolados nem necessariamente

---

<sup>137</sup>PUGA, Mariela. La litis estrutural en el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.p. 111-133.

<sup>138</sup>MOREIRA, Egon Bockman; FERRARO, Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelo amicus: notas a partir e para além do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 68, jan. 2016.

contrapostos numa relação de bilateralidade, em que um prevalecerá sobre o outro, imbricação tal que também é causa de complexidade.

O recorte cognitivo do processo é também apontado por Abramovich e Courtis,<sup>139</sup> argumentando que, no processo judicial, as questões são debatidas a partir de um caso concreto, o que, por definição, são limitadas. Há, portanto, a necessidade de “recortar” o conflito social para que este se torne objeto do processo.

A complexidade fática de um conflito social, para “caber” no processo, muitas vezes, é simplificada ao se traduzir num caso judicial e a multiplicidade de fatores vinculados ao desenho de uma política social é parcializada quando se analisa o marco concreto de um processo.

Diante da complexidade inerente à temática de políticas públicas, a processualização não é capaz, evidentemente, de abarcar a integralidade do conflito. Como aponta Gabbay,<sup>140</sup> muitas vezes algumas parcelas do conflito não são sequer judicializáveis e outras podem ser estrategicamente cindidas para defesa em demandas judiciais separadas, mas adverte a necessidade de, no mínimo, a plurilateralidade do conflito ser considerada.

Esta é a parcela mínima que deve ser reproduzida no âmbito do processo, sob pena do recorte processual do conflito sociológico gerar, na verdade, uma distorção do conflito, sendo tal ponto retomado no item pertinente à questão do ajuizamento individualizado das pretensões.

Fica claro, portanto, que a construção do próprio objeto do processo envolvendo políticas públicas reflete no provimento jurisdicional, e nesse sentido adverte Valle que “no campo do controle judicial de políticas públicas, é possível que a decisão judicial configure o conteúdo do direito – de forma expressa, como tem feito a Corte Constitucional da Colômbia; ou de forma sub-reptícia, como muitas vezes acontece na realidade brasileira”<sup>141</sup> e acrescenta que, em razão da relação intrínseca entre provimento

---

<sup>139</sup>ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.p. 249.

<sup>140</sup>GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 11.

<sup>141</sup>VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a Experiência da Colômbia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 520.

jurisdicional e a definição do conteúdo do direito, a jurisdição define o conteúdo do direito, com o risco tanto de ampliar ou apenar as fronteiras do direito.

### 1.3.2 Enfoque formal

O ajuizamento dessas demandas de controle de políticas públicas, como ressaltando nos últimos tópicos, conferiu ao Poder Judiciário nova função no desenho e na implementação de políticas públicas, tornando-o protagonista, notadamente em razão da mudança do papel por ele exercido e dos reflexos que as decisões proferidas têm nos demais Poderes, no mercado e na sociedade como um todo.

Contudo, apenas identificar a responsabilidade atribuída ao Judiciário não é suficiente. Deve ser ainda equacionada a maneira pela qual essa incumbência se desenvolve, especialmente diante da constatação de Galanter acerca da dificuldade de transformar regras que, no papel, são favoráveis a esses indivíduos que postulam direitos sociais e, em geral, litigam eventualmente, mas que não geram os efeitos práticos esperados, inclusive com as restrições de "*enforcement*" das decisões judiciais, por ausência de controles informais em face do Poder Público.<sup>142</sup>

Há uma mudança não só no Judiciário, mas também na postura do próprio juiz, refletindo nos atos do processo, ou no procedimento propriamente.

São necessários, então, meios processuais especialmente arranjados para se atingir o objetivo de conferir significado aos valores constitucionais. No contexto de conflitos de interesse público, a rigidez procedimental e a postura passiva do juiz não mais se justificam e, portanto, “o papel do juiz deixa de ser passivo, dependente da iniciativa das partes, assumindo responsabilidade afirmativa e social pela adequada solução do litígio e representatividade dos interesses dos grupos envolvidos, bem como pelo monitoramento e gerenciamento da implementação da decisão”.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup>As seguintes razões para as dificuldades de implementação das regras favoráveis aos litigantes que demandam ocasionalmente, e que se aplicam também à efetividade das tutelas jurisdicionais atreladas às políticas públicas são: “a) tribunais não são equipados para avaliar sistematicamente o problema do impacto ou da penetração de tais regras; b) limites da aplicabilidade devido ao caráter fracionado do julgamento e c) ausência de recursos para garantir a implementação e penetração das regras favoráveis e conclui que, “portanto, as regras favoráveis aos Participantes Eventuais (PEs) podem ser menos aplicáveis de imediato ou ser menos observadas minuciosamente na prática”. (GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Vol. 9:1 Law and Society Review, 1974).

<sup>143</sup>LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do Modelo Processual Rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz.

Adota-se como premissa a conclusão de Salles a respeito da efetividade da tutela jurisdicional, que

impõe a formulação de uma juízo sobre a adequação do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetivos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas será factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos.<sup>144</sup>

Dessa maneira, o processo, enquanto garantia, deve concomitantemente tutelar de maneira efetiva os direitos pleiteados, observados os efeitos sociais e extraprocessuais das decisões e igualmente não desconsiderar que a tomada de decisão a respeito das políticas públicas, que é originalmente tomada na esfera política, uma vez que dependem de ações governamentais, conseqüentemente, são pautadas pela disponibilidade orçamentária e prioridades de governo.

Mecanismos que viabilizem alcançar efetividade nos processos envolvendo políticas públicas devem ser buscados, adequando a técnica processual.<sup>145</sup> Muito embora a litigância de interesse público e os processos estruturais<sup>146</sup> – modelo atrelado a essa litigância – estejam frequentemente relacionados às ações coletivas, mesmo estas, em situação de distorção, podem ser utilizadas com finalidade puramente individualizada, bem como ações individuais podem também externar pretensões atreladas à adjudicação de interesse público e reforma estrutural.<sup>147</sup>

---

In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 88-93.

<sup>144</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 204.

<sup>145</sup>Nesse sentido a efetividade do processo defendida por Bedaque: “Adequar a técnica, representada pelos institutos exclusivamente processuais pela forma dos atos do processo, à sua finalidade. A ciência processual foi construída visando à concepção de um instrumento apto a alcançar determinados objetivos”. BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 33.

<sup>146</sup>O processo estrutural como modelo processual atrelado a essa litigância de interesse público é objeto de tópico 2.4.

<sup>147</sup>Nesse sentido afirma Zaneti Jr. que “é incorreto afirmar que o interesse público encontra-se apenas nos direitos coletivos. Tanto os direitos individuais como os direitos coletivos traduzem momentos de evolução das dimensões dos direitos fundamentais, não podendo ser suprimidos” ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In:

Contudo, a individualização da questão, além de outras consequências, que serão igualmente objeto de análise mais detida adiante, gera, sem dúvida, um grande volume de processos. Tal assunto é abordado por Galanter, que conclui que “se todos com uma demanda legítima a invocassem, o sistema entraria em colapso”.<sup>148</sup> Nesse sentido a advertência de Santos que “o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema”.<sup>149</sup>

Trata-se de um verdadeiro dilema: o Judiciário já não suporta o volume de demandas que recebe, comprovando-se tal fato pela taxa de congestionamento apontado pelo CNJ<sup>150</sup> e pela demora em julgar, sendo impossível que toda pretensão não atendida necessariamente chegue ao Judiciário.

O estudo da técnica processual é relevante considerando que a manipulação desses instrumentos pode levar a seletividade apontada por Fix-Fierro<sup>151</sup> de que as decisões judiciais encorajam ou desencorajam a litigância, tanto em razão da autoridade prevista em lei para o precedente, bem como pela força informal do precedente.

Diante de todo o exposto, o estudo de institutos processuais aptos à tutela adequada desses direitos se mostra indispensável para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional, de modo a moldá-la ao direito discutido. O processo coletivo tem vantagens inegáveis, no entanto, o ajuizamento individualizado persiste, o que reclama soluções técnicas processuais, que são objeto de estudo deste trabalho.

É justamente na encruzilhada entre a litigância individual, repetitiva, atomizada e a solução coletiva, apontada como a mais adequada que se pretende concentrar, para a partir da instrumentalidade metodológica, buscar a adequação entre o direito material tutelado e os atos do processo.

---

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57.

<sup>148</sup>GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun.2015.

<sup>149</sup>SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>150</sup>Taxa de Congestionamento é um indicador adotado pelo CNJ no relatório Justiça em Números, que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Na justiça estadual, em 2019, Na Justiça Estadual, em 2019, a taxa de congestionamento foi em 73,9%, sendo que os índices nos Tribunais de Justiça variam de 53,5% (TJRR) a 82,1% (TJSC). BRASIL. *Justiça em números*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019.

<sup>151</sup>FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice & Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.

## Síntese

Sob o enfoque da instrumentalidade metodológica, como etapa para construir o meio processual adequado, voltou-se, na primeira parte, para o conflito fora do âmbito da judicialização, ainda que no campo do Direito, principalmente sob a ótica dos demais Poderes, Executivo e Legislativo. Como referencial teórico, adota-se a obra de Bucci, o que se justifica como marco na análise jurídica de políticas públicas, dividindo o fenômeno em três planos: macro institucional (*politics*), meso institucional (*policies*) e micro institucional (ação governamental atomizada), e também a obra de Coutinho, pautada nos papéis do direito na concepção, implementação e gestão de políticas públicas.

A conclusão é inequívoca no sentido da complexidade das políticas públicas, o que dá ensejo, como forma de análise, ao enfoque institucional, para fins de tomada de decisão, assumindo o Judiciário e o processo judicial como pertencentes à dinâmica institucional de tomada de decisão, potencialmente não apenas na hipótese de falha das demais instituições, mas em atuação sincrônica com estas.

Se atribuída essa função ao Judiciário, tal situação pressupõe uma mudança no campo de atuação, com alargamento do que se compreende por solução de conflitos, tendo por objeto, também, a litigância de interesse público. Desempenhando o Judiciário essa atribuição, como instituição, embora sem realizar uma análise comparativa, busca-se compreender as características deste centro de tomada de decisão (o processo judicial), características estas que evidenciariam a importância de sua integração no quadro amplo de definição da política pública, passando desde a hipótese de papel simbólico, como uma das oportunidades do quadro institucional básico que viabiliza uma mudança institucional, até como processo decisório propício para deliberações sobre interesse público.

E a participação do Judiciário nesse contexto de interação institucional para tomada de decisão de questões sociais e políticas, essencialmente complexas, é marcada pela particularidade de o Judiciário ser a instituição que “decide sobre quem decide”. E como essa escolha reflete na definição de quais os fins, meios e prioridades socialmente relevantes, corrobora para a defesa de que o processo judicial é uma oportunidade para mudança, integrando a série de processos e decisões coordenadas em direção implementação dos direitos sociais, com a ressalva de que o controle judicial de políticas públicas não deve se converter na arena principal para resolução dessas questões.

Sendo judicializadas as políticas públicas, importa ainda a transposição do conflito sociológico, em sua complexidade, para o âmbito do processo, na definição do próprio objeto do processo, o que se denominou processualização sob o enfoque material e, de outra parte, o reflexo dessa complexidade no próprio procedimento, isto é, na adequação dos atos processuais e na técnica processual empregada, o que se denominou processualização sob o enfoque formal.

Assim, sob a perspectiva dogmático-jurídica e sob a ótica institucional, aplicando-se tais considerações aos institutos processuais, estes têm potencial para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional sobre interesse público, em especial, a respeito de políticas públicas, adequando-se a técnica processual ao direito material discutido.

## 2 TRATAMENTO ADEQUADO E O PROCESSO PARA CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização das políticas públicas encontra como primeira grande dificuldade a questão da titularidade dos direitos sociais objeto da demanda,<sup>152</sup> refletindo diretamente na classificação dos remédios processuais (ação coletiva ou individual) utilizados para sua defesa e na legitimidade processual.

Um resumo dos entendimentos a respeito da titularidade é apresentado por Sarlet: “há aqueles que defendem que os direitos sociais são de titularidade coletiva (transindividual) e não permitiriam, por sua natureza, uma subjetivação individual, mormente para o efeito de serem deduzidos judicialmente”<sup>153</sup> e há também aqueles que preferem não questionar a titularidade dos direitos sociais, mas apontar que a concessão individualizada de prestação por conta de processos individuais gera muitos impactos negativos.

Entretanto, esclarece citado doutrinador que a distinção histórica entre direitos individuais para designar direitos civis e políticos e direitos sociais não encontra razão de ser na titularidade dos direitos, mas sim na natureza e no objeto do direito em cada caso e, portanto, os direitos sociais são assegurados “por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada num contexto social e intersubjetivo”.<sup>154</sup>

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está atrelada, na sua origem, à função clássica de tais direitos, assegurando ao seu titular o direito de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Contudo, no atual momento histórico e de garantia de direitos sociais, essa dimensão subjetiva deve ser compreendida e integrada ao âmbito coletivo, transindividual, sendo concomitantes as duas dimensões.

---

<sup>152</sup>A titularidade do direito não se confunde com a legitimidade. Nas palavras de Dinamarco: “Partes na relação jurídica *material* são os titulares de direitos e obrigações referentes a um bem da vida [...]. Partes legítimas são as pessoas a quem a lei outorga qualidade para estar em juízo na defesa de direitos e interesses, seja propondo a demanda, seja para que em relação a elas a demanda seja proposta (legitimidade ativa e passiva). DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II, 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 253.

<sup>153</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, set.2011, p. 13-40.

<sup>154</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, set.2011, p. 13-40.

Neste cenário de discussão sobre a titularidade, adota-se, nesse trabalho, a conclusão de Ledur<sup>155</sup> que as dimensões individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato de o exercício do direito ocorrer na esfera coletiva. A individualidade do direito, embora exista, está inserida e é indissociável da sua perspectiva coletiva.

Não há que se confundir, porém, a questão da titularidade com a eficácia desses direitos sociais. Distingue-se a eficácia social, isto é, seu efetivo atendimento e aplicação no plano dos fatos, da eficácia jurídica, que se refere à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma que estabelece o direito. E embora a inegável a interface entre ambas as eficácias, como ensina Sarlet “a aptidão da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido de realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz”.<sup>156</sup>

Deve-se observar, todavia, que

políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais.<sup>157</sup>

E na intersecção direitos sociais e políticas públicas, três etapas podem ser distinguidas e úteis na identificação do objeto do processo: concepção, implementação e gestão.

A primeira refere-se à pretensão de concretização de direito social a partir de uma política pública inexistente, isto é, demandas que buscam efetivação de direitos sociais que

---

<sup>155</sup>LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 85-86.

<sup>156</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 257/261.

<sup>157</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 257/261.

não contam com qualquer estruturação, de forma que o problema está centrado na própria concepção de uma política pública. Tal situação não se confunde com a pretensão que tem por objeto uma política pública, propriamente, e nessa hipótese, a controvérsia está relacionada a uma política pública já estruturada, mas que se mostra insuficiente ou inadequada, estando o foco na implementação. Uma terceira possibilidade é o objeto do processo ser fundado em uma política pública estruturada e abstratamente adequada, que, contudo, não tem sido gerida de modo a atender aos beneficiários, ou seja, o impasse está em sua gestão.

Essa distinção fica ainda mais clara se ilustrada com o exemplo envolvendo o fornecimento de medicamentos. O primeiro ângulo seria, por exemplo, de um pedido que pretende a inclusão de determinado fármaco na lista de obrigatórios para atender um grande número de beneficiários. Nesse caso, trata-se de um problema relacionado à concepção da política pública.

O segundo âmbito do controle de políticas públicas seria a hipótese exemplificativa de que o remédio, nada obstante já seja fornecido pelo Poder Público, a quantidade é limitada ou insuficiente para o tratamento da doença, sendo uma questão de implementação da política pública. Por fim, o último ângulo seria aquele em que o medicamento está previsto na lista, seu fornecimento é garantido, porém, por alguma questão de gestão, não concernente propriamente com a estrutura da política pública, este não é entregue ao beneficiário.

De qualquer maneira, sob os três ângulos, em maior ou menor grau, os conflitos judicializados estão inseridos no complexo contexto de tomada de decisão sobre políticas públicas. Sob qualquer desses três ângulos, ainda que em diferentes extensões, se faz presente a questão da imediatidade do atendimento, as consequências no plano macro, o tema do acesso à justiça e a exclusão dos que não acessam o Judiciário, de modo que não se faz necessário, para análise global aqui pretendida, realizar uma distinção entre as diferentes dimensões que o problema das políticas públicas pode se apresentar como objeto de processo judicial.

Com esses esclarecimentos, a partir, então, dessa visão de coexistência da titularidade individual,<sup>158</sup> mas também indissociável do contexto de direitos difusos, e considerando que a realidade do Judiciário brasileiro é a existência de inúmeras demandas individuais pendentes de apreciação e o ingresso constante de novas ações versando sobre políticas públicas,<sup>159</sup> oportuna a perquirição das razões pelas quais persiste o ajuizamento de ações individuais.

## 2.1 O AJUIZAMENTO INDIVIDUALIZADO

Algumas inferências podem ser apontadas como justificativas para a predominância de demandas individuais: não há ampla divulgação e conhecimento acerca do ajuizamento de ações coletivas; o indivíduo não tem legitimidade para ajuizamento de ações coletivas; a disciplina legal das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, embora autorize a intervenção dos interessados como litisconsortes, não gera litispendência e a coisa julgada terá eficácia *erga omnes* apenas na hipótese de procedência do pedido (*secundum eventum litis*);<sup>160</sup> as ações individuais

---

<sup>158</sup>A titularidade individual (direito subjetivo) do direito à educação, inserida no contexto coletivo fica evidenciada no artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9/394/96), que assim dispõe: “O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo”.

<sup>159</sup>Nesse sentido recente estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público para o projeto Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao concluir, após pesquisa empírica, que as ações civis públicas no âmbito da saúde foram predominantemente propostas pelo Ministério Público em nome de um interesse individual, requerendo medicamentos e insumos ao SUS, e ainda, que as ações em geral são julgadas contra o Estado e em favor do demandante, mas sem consequências estruturais como reforma da política de saúde ou incorporação massiva de alguma tecnologia de saúde ao âmbito de produtos disponibilizado pela assistência farmacêutica do SUS. (Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.60-61. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

<sup>160</sup>O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor prevê que não há litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais, facultando-se, entretanto, ao autor de demanda individual requerer a suspensão do processo individual, para que se beneficie de eventual coisa julgada favorável na ação coletiva. A intervenção do indivíduo em ação coletiva é facultativa, com poucos incentivos para que se opte pela intervenção, já que independentemente desta podem ser beneficiados pelos efeitos da coisa julgada favorável, por meio de habilitações para liquidação e execução (artigo 97, CDC). O direito de exclusão (*opt out*) alcança exclusivamente as hipóteses de ação individual já ajuizadas e se houve notificação a respeito da propositura da ação coletiva. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 10. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.p. 168/169). Fonseca igualmente aponta que as regras atuais que disciplinam os direitos individuais homogêneos, em especial no que se refere à coisa julgada (*erga omnes* apenas na hipótese de procedência do pedido – artigo 103, III, CDC), a possibilidade dos indivíduos proporem ações individuais independentes da ação coletiva, o regime de condenação genérica (artigo 95, CDC) e execução individual (artigo 97, CDC), desfavorecem a tutela coletiva dos direitos individuais e também minimizam os benefícios do processo coletivo (FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro: por um processo civil factível*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 165.). Ainda sobre as diferenças de

proporcionam atendimento “imediato” da pretensão, inclusive com a concessão de tutela de urgência.

Ademais, a estrutura do processo civil brasileiro certamente favorece o ajuizamento de ações individuais, dada a proximidade e maior facilidade para os operadores do direito, tanto advogados quanto juízes, com a bilateralidade que marca as ações individuais, além da falta de incentivos para a propositura de ações coletivas.<sup>161</sup>

A imediatidade se apresenta como um ponto fulcral, já que “a discussão acerca da judicialização de temas políticos, como mencionado anteriormente, tem íntima ligação com a necessidade de os jurisdicionados efetivamente se beneficiarem dos direitos sociais”.<sup>162</sup> E pode, assim, ser apontado como o ponto mais sensível, porque alcança, propriamente, a concretização do direito. Nesse sentido a conclusão de Tushnet:

o litigante que ganha uma demanda postulando acesso a um medicamento específico, vai receber o medicamento relativamente rápido. Mas benefícios materiais em litigância envolvendo direitos econômicos e sociais demora algum tempo para atingir seus objetivos, mesmo nas

---

sistemas de “opt in” e “opt out”, Hensler, sinteticamente esclarece: “In some jurisdictions, everyone who meets the class definition must come forward and affirmatively state that they wish to be part of the action (‘opt in’) in order to realize its benefits. In other jurisdictions, everyone who meets the class definition is considered a class member unless they formally declare that they do not want to be part of the action (‘opt out’). (In a few jurisdictions, the court may decide whether a class action should proceed on an opt-out or opt-in basis.) In both sorts of class actions, the outcome of the suit binds all of the class members, meaning that they are not free to individually litigate the issues that were decided (or settled) in the class litigation. In jurisdictions where standing to bring a collective action is limited to an association, the decision may formally bind only that association or that association’s members.” (HENSLER, Debora R. The global landscape of collective litigation. IN: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (coord.). *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 4-6).

<sup>161</sup>Sobre o tema: “Faz-se necessária uma forma de “coletivizar” os resultados do processo individual em que determinada conduta estatal foi tida por ilegal ou inconstitucional, sempre que outras pessoas possam se achar na mesma situação de violação de direitos. Como mencionado, idealmente o Estado cessaria a conduta violadora assim que o Judiciário se pronunciasse sobre ela. A segunda melhor opção seria que essas violações de direitos fossem, de início, discutidas coletivamente. Porém, como se demonstrou no capítulo anterior, muitos dos casos envolvendo direitos coletivamente tuteláveis (tanto os que envolvem direitos individuais homogêneos quanto alguns dos exemplos de direitos tidos como coletivos) podem ser tutelados individualmente. É exatamente isso que acontece com as condutas estatais contrárias ao direito: cada pessoa que sofreu a violação pode ajuizar sua própria ação.” (FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro: por um processo civil factível*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 191).

<sup>162</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 370.

hipóteses em que o litígio tenha sido completamente bem-sucedido, em termos próprios.<sup>163</sup>

Os efeitos mais concretos e a imediatidade, mais característicos das ações individuais, indicam que a mera declaração em sentença judicial de que se faz necessária a estruturação ou o aprimoramento de uma determinada política influi muito pouco ou praticamente nada na efetivação em curto prazo de um direito social, reafirmando a necessidade de articulação institucional.<sup>164</sup>

Assim, mais que ausência de impulso político, para implementação de uma política previamente definida, boa parte dos problemas de efetividade decorrem muito mais de desvios na execução do que de falhas na elaboração de determinada política<sup>165</sup>, corroborando para a conclusão de que a imediatidade do atendimento é um dos fatores mais determinantes na propositura de ações individuais.

Essa é uma das constatações do estudo empírico realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, que em pesquisa realizada com juízes, constatou que a maioria (62,4%) confirmou que acreditam que “ações individuais solicitando acesso à políticas/bens públicos têm mais sucesso do que ações coletivas”, e em contraposição, apenas 8,5% afirmaram o contrário, ou seja, que ações coletivas são mais bem-sucedidas.<sup>166</sup>

Há, entretanto, um contraponto dessa imediatidade e efetiva concretização do direito social pleiteado em uma demanda judicial. Embora, à primeira vista, a satisfação de uma pretensão possa parecer positiva, não se pode ignorar o reflexo que esse atendimento pontual gera no contexto coletivo que o direito está inserido e na política pública a ele referente.

---

<sup>163</sup>TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 Harv. INT'L, L.J 189 (2012). In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 56. (tradução livre).

<sup>164</sup>Sobre o tema, ver item 1.2.1.

<sup>165</sup>Nesse sentido afirma Silva: “Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que falhas na elaboração dessas mesmas políticas”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 395.

<sup>166</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.82. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoecoletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

O efetivo atendimento da pretensão do autor, com a concretização do direito social, isto é, com a entrega do medicamento, ou a vaga em creche atinge diretamente a execução da política pública.

Em texto dedicado à análise da política pública de creche no Município de São Paulo, Costa<sup>167</sup> reconhece que o tratamento individualizado tem como característica maior efetividade na concretização do direito social do autor, muito embora essas demandas sejam reducionistas em sua essência e não permitam a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor, apresentando pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial).

A dúvida é se o resultado dessas ações individuais sempre e necessariamente é algo positivo, porque garantiu a um indivíduo o direito que lhe é assegurado, ou se ao contrário, gerou um efeito negativo, disruptivo da estruturação macro da política pública atrelada ao direito social pleiteado.

### **2.1.1 Ações individuais e o mínimo existencial?**

O projeto de Lei 8.058/2014<sup>168</sup> conta com capítulo dedicado às ações individuais, reconhecendo, no artigo 28, a possibilidade da tutela de direitos subjetivos individuais, na hipótese de “se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada” e “se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração”.

O próprio projeto de Lei define que mínimo existencial é “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana”. O mínimo existencial, segundo essa definição, refere-se ao direito fundamental social constitucionalizado sem necessidade de regulamentação imediata.

Contudo, necessário considerar que “os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a

---

<sup>167</sup>COSTA, Susana Henriques. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 454-463.

<sup>168</sup>BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção de políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>.

gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis”.<sup>169</sup>

A autorização de tratamento individualizado tal como previsto no Projeto de Lei pode - ao contrário do que parecer ser a intenção da norma - alargar ainda mais objeto das ações individuais, de modo que se permita alcançar inclusive políticas públicas sequer estruturadas, tendo fundamento exclusivo na previsão constitucional, previsão esta que estaria “completa e acabada”, sem qualquer necessidade de estruturação de uma política pública para tanto. Entretanto, as políticas públicas concebidas, implementadas e geridas pela Administração são justamente a instrumentalização e a regulamentação necessária para conferir eficácia real aos direitos sociais.

É justamente a organização normativa que permite identificar o núcleo essencial dos direitos sociais, variando a complexidade dessa estrutura normativa de acordo com o direito social. Afirma Sarlet a respeito que “a determinação do núcleo essencial dos direitos sociais implica a consideração de tal normativa [teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo] que, na esfera infraconstitucional, dá conteúdo e vida aos direitos sociais, mas também aos demais direitos fundamentais”.<sup>170</sup>

A ideia de que apenas o mínimo existencial é que autoriza a justiciabilidade imediata aparece no texto de Watanabe<sup>171</sup>, defendendo que são judicializáveis, independente de prévia definição de política pública pelo Legislativo ou Executivo, os direitos sociais que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e também os direitos sociais estabelecidos em normas constitucionais de densidade suficiente.

Ao contrário, não são judicializáveis os direitos sociais, previstos em normas programáticas, pois há exigência de algum arcabouço infraconstitucional que dê densidade

---

<sup>169</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 257/261.

<sup>170</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 218.

<sup>171</sup>WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012. 2 ed., p. 218-224.

normativa suficiente ao direito social, arcabouço este que dá corpo a política pública, com sua organização normativa.

Em síntese do que se compreende por mínimo existencial, Costa<sup>172</sup> esclarece que se apresentam duas as teorias a respeito: teoria absoluta, que sustenta a existência de um conteúdo mínimo predeterminado para cada um dos direitos fundamentais sociais, e teoria relativa, que tem como premissa a determinação do mínimo existencial apenas à luz do caso concreto.

O exemplo da autora para ilustrar o entendimento de uma ou outra teoria é o de medicamentos. Para a teoria absoluta, seria mínimo existencial para a primeira teoria, por exemplo, o fornecimento de medicamento já constante da lista do SUS, enquanto que para a segunda teoria, possivelmente, diante do caso concreto, possivelmente não se reconheça como mínimo existencial, nada obstante conste o medicamento na lista do SUS. Conclui que cabe ao Judiciário, após análise detida do caso, decidir se o pedido formulado na dimensão individual pode ou não ser acolhido, isto é, se suplantam ou não o mínimo existencial.

Para além da indefinição do que se pode compreender por mínimo existencial, a previsão do Projeto de Lei para demandas individuais parece estar igualmente sujeita às críticas contundentes ao ajuizamento individualizado.

Isso porque como afirma Sarlet, ainda que direito a um mínimo existencial seja visto como direito de titularidade individual, este simultaneamente tem uma forte dimensão transindividual, em especial no que diz com a perspectiva objeto dos direitos fundamentais.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup>COSTA, Susana Henriques da. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 400-402.

<sup>173</sup>Vide a respeito: “O direito a um mínimo existencial, assim como os direitos sociais, são – em primeira linha – direitos de titularidade individual, ainda que simultaneamente tenham uma forte dimensão transindividual, em especial no que diz com a perspectiva objeto dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 220.

## 2.2 CRÍTICAS AO AJUIZAMENTO DEMANDAS INDIVIDUAIS

Se efetivamente a maioria das ações ajuizadas a respeito de políticas públicas tem natureza individual, tal situação gera alguns pontos de atenção: as decisões judiciais decorrentes dessas demandas individuais desconsideram o aspecto global da política pública e os efeitos prejudiciais que a determinação judicial tem sobre outras políticas públicas planejadas e sobre o orçamento, em inobservância ao expressamente previsto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (faceta coletiva); os atendimentos pontuais aos indivíduos que ajuízam ações geram desigualdade, já que os outros indivíduos em situação semelhante são ignorados e não beneficiados pela política pública, por não terem ajuizado uma ação (demanda suprimida); há certo desequilíbrio entre os atores envolvidos nesses litígios individuais, em razão das vantagens aferidas pelo "*repeat player*", no caso, Poder Público (vantagens do grande litigante), sem contar, ainda, o enorme volume de demandas semelhantes a respeito desse assunto, que sobrecarrega o Judiciário e potencialmente, gera decisões conflitantes (litigância repetitiva).

As críticas mais frequentes ao ajuizamento de ações individualizadas a respeito de políticas públicas estão relacionadas com as consequências negativas dessas ações.<sup>174</sup>

Por se tratar de uma demanda atomizada, esta não permite uma análise completa e planejada da política pública. Com isso, a decisão judicial atinge também o administrador de forma também dispersa, impedido uma visão geral do problema, sem se olvidar que ações individuais muitas vezes vinculam pedidos que sequer poderiam ser aplicados de forma universal, tal como no caso de medicamentos de alto custo.

Argumenta Zufelato<sup>175</sup> que as ações individuais nem mesmo poderiam ser consideradas controle jurisdicional de políticas públicas, afirmando que o fundamento dessas ações individuais são os direitos fundamentais e não propriamente controle de políticas públicas, embora reconheça que diversas questões acionadas por demandas individuais interferem direta ou indiretamente no tema.

---

<sup>174</sup>Essas consequências negativas são apresentadas por Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Martines Fernandes. COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 370-371.

<sup>175</sup>ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 329.

Outro dos pontos mais sensíveis nas ações individuais (e também nas ações coletivas) refere-se à questão da representação, ligada ao efeito que a decisão judicial pode ter sobre sujeitos que não integraram a relação processual. O tema, entretanto, ultrapassa a representatividade no processo, e alcança a indagação se nos outros vários processos sociais, não judiciais, esses interesses são efetivamente representados e de que forma.

A partir da análise dos grupos de interesse, da questão dos custos e do efeito carona, Salles<sup>176</sup> aponta que, em razão da dificuldade de comensurabilidade, a dispersão dos problemas entre os agentes faz com que a importância da participação de cada pessoa em sua proteção seja infinitesimal, potencializando o efeito carona<sup>177</sup> de qualquer ação coletiva em sua defesa.

Além disso, em contraponto, é preciso considerar que em outros vários tipos de ações, sobre os mais diversos direitos, tidos como tipicamente individuais, como plano de saúde, compromisso de compra e venda, contrato de financiamento, entre outros, tais efeitos, apontados como negativos e decorrentes da tutela individual, também estão presentes, representando uma interferência judicial em uma política já existente e criando disparidade entre pessoas em uma mesma situação, de modo que apenas aqueles que se socorrem do Judiciário tenham seu direito assegurado.

Não se trata, portanto, de consequências exclusivas dos processos em que se discute a concretização de direitos sociais, mas, no geral, de processos relacionados a problemas de chave coletiva, típicos da sociedade de massa.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 208-210.

<sup>177</sup>O efeito carona está diretamente relacionado a questão dos custos. Sobre o assunto esclarece Salles que “As demandas do tipo coletivo [...] em virtude de seu alto grau de dispersão, os sujeitos interessados agem como free-riders (caronas), tentando se beneficiar da iniciativa de outras pessoas na defesa do bem comum em disputa, o qual, caso se concretize os abrangerá, sem qualquer custo ou compensação” (SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, n. 121, mar. 2005).

<sup>178</sup>Tal situação é ainda mais clara no sistema de *common law* guiado pelo sistema de precedentes. Sobre o assunto afirmam Simon e Sabel: “Common law adjudication produces both a resolution of the dispute between the parties and a norm - the precedent - that is supposed to guide future cases and, by implication, social conduct. [...] In their precedential dimension, then, trial court decisions in traditional common law cases share characteristics Chayes attributed to public law litigation. They have effects that extend beyond the immediate parties. Institutional litigants show their awareness of this when they coordinate trial strategies with each other or monitor cases in which they are not directly involved. Judges, in making common law decisions, often try to take account of their precedential effects. These future effects are not necessarily proportional to or predictable from the particular harm alleged by the plaintiff before the court. To the extent that the case creates precedent, the lawsuit is not "self-contained"; the court will revisit the precedent in

O ponto de distinção quando o assunto são direitos sociais é que a complexidade e o policentrismo alcançam os limites da própria atuação do Poder Judiciário, pressionando a própria capacidade e legitimidade institucional.<sup>179</sup>

A defesa judicial de direitos sociais e da política pública respectiva é complexa e implica questões técnicas, assimetria de informação, multiplicidade de atores implicados e elevados riscos, variadas alternativas possíveis e oportunidades distintas para distributividade, sendo plúrimos os centros de decisões a respeito do assunto. Toda essa complexidade não é refletida na demanda que enfoca unicamente o direito subjetivo.

Tal questão se faz presente também no âmbito do controle judicial de decisões administrativas, em sentido amplo, e é mais abrangente que o controle de políticas públicas aqui discutido.

Ao abordar o controle judicial de decisões regulatórias, Jordão<sup>180</sup> argumenta a existência de uma inadequação dos tribunais para intervenções regulatórias (e que se aplica no tema de políticas públicas), uma vez que são problemas que os tribunais não estão acostumados a enfrentar, por envolver questões prospectivas e multipolares, além da expertise técnica reduzida e natureza formal da atuação judicial.

Além disso, os efeitos da intervenção judicial geram problemas na qualidade da regulação (e da atuação estatal), com consequências negativas quanto à coerência, pois podem comprometer decisões administrativas preliminares que informam uma política

---

future cases. In applying and elaborating precedent, the court looks to its own past decisions and those of other courts, not just to the record created by the parties before it.” (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.). E de alguma maneira se faz cada vez mais presente no sistema brasileiro, à luz dos mecanismos de julgamentos repetitivos e definição de teses jurídicas vinculantes e obrigatoriamente aplicáveis aos casos repetitivos.

<sup>179</sup>O policentrismo estaria presente em quase todas as questões adjudicadas, contudo nem todas as questões colocariam para a Corte o mesmo grau de complexidade junto às questões policêntricas, sendo o desafio determinar quando o policentrismo é significativo e predominante a ponto de atingir os próprios limites de uma atuação legítima das cortes. Nesse sentido: FULLER, Lon L. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, n. 92, 1978, p. 397-398. O ponto de distinção, segundo Marinho é que nos exemplos de casos tradicionais e bipolares, em que pese a complexidade, as cortes parecem acomodar em seu papel institucional as questões policêntricas, a princípio, porque os efeitos recaem sobre relações privadas, sem alcançar caráter técnico sobre uma política pública ou sobre a legitimidade. (MARINHO, Carolina Martins. *Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana*. 2018. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 73/75).

<sup>180</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 131/166.

regulatória, afetando a própria unidade dessa política e a dinâmica regulatória, com fragmentação geográfica e substancial.

O autor mencionado completa afirmando que a intervenção judicial acaba forçando as agências reguladoras (no caso de políticas públicas, a própria Administração) a despendem parcela significativa de seus recursos para acautelarem-se contra revisões judiciais ou para adaptar suas ações quando elas são objeto de anulação e reenvio. Em razão do esforço para cumprir tal ordem de exigências, a situação pode levar à uma paralisia ou inação administrativa, já que não valeria a pena promover nova ação ou produzir novo regulamento, que também poderá ser questionado judicialmente.

Outra crítica contundente é a de que os processos individuais promoveriam um recorte, fazendo com que toda discussão de política pública se resuma em simples debate acerca do “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado, ocultando o verdadeiro conflito, ou seja, a própria política pública.<sup>181</sup>

Mancuso aponta que

a lide judicializada, não raro, acaba por representar apenas a questão central, ficando com o perímetro menor do que a inteira controvérsia tal como estas se apresentava no plano pré-processual. Os pontos conflitivos periféricos, assim deixados não resolvidos, continuarão seu curso, podendo num ponto futuro retornar à justiça, em forma de novas lides, num perverso ciclo vicioso.<sup>182</sup>

Essa é uma das constatações de Refosco<sup>183</sup> no estudo de caso do caso creche na cidade de São Paulo, afirmando que a litigância individual não tem contribuído para universalização da educação infantil, mas, principalmente, para subversão de listas de espera e para a superlotação de unidades, com o comprometimento de qualidade, sendo tal constatação comum aos acórdãos proferidos nas Ações Cíveis Públicas, expostas pelas

---

<sup>181</sup>Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 476.

<sup>182</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 47.

<sup>183</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 253.

autoras nas petições iniciais das ações coletivas, pela Procuradoria Municipal e pelo próprio Secretário de Educação do Município nas defesas.

Nesse sentido adverte Vitorelli que “é preciso que os juízes resistam à tentação de fazer reforma estrutural “a conta gotas”, julgando inúmeros e repetidos casos individuais, na crença de que, a partir dessas decisões, o sistema poderá ser reformado”.<sup>184</sup>

O seguinte exemplo apresentado por Duarte deixa muito clara a limitação das ações individuais em relação à macrolide:

É preciso repensar o sistema de ensino, ampliar a oferta de vagas com qualidade, contratar professores, implementar planos de carreira etc. Ora, isso só se faz por meio de políticas públicas, ou seja, pelo estabelecimento de prioridades e metas (resultados a serem atingidos ao longo do tempo), previsão de recursos, distribuição de encargos entre os entes Federados e os diferentes Ministérios e Secretarias etc. Em resumo, é preciso reconhecer que o direito fundamental à educação não se realiza pelo somatório de prestações de natureza individual (vagas nas escolas), mas pressupõe a organização de todo um sistema público capaz de oferecer ensino de qualidade.<sup>185</sup>

Sem retirar a relevância de tal crítica, é de se considerar, novamente, que tal característica não é exclusiva de demandas judiciais que têm por objeto o controle de políticas públicas, ao contrário, está relacionada com a crise de efetividade do processo judicial como um todo, é, na verdade, um dilema do sistema de justiça. Nesse sentido a conclusão de Sadek:

resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas de mais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro,

---

<sup>184</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 401.

<sup>185</sup>DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015. p. 16.

há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada<sup>186</sup>.

Rebatendo o argumento de que o atendimento individual acarreta efeitos danosos ao sistema, argumenta Sarlet<sup>187</sup> que o princípio da isonomia não pode ser utilizado como argumento para eventual violação da dignidade concreta de cada indivíduo, ainda mais quando o impacto negativo não é objeto de demonstração plausível. Impedir esse acesso seria deixar de tratar desigualmente os desiguais, em situação de dupla discriminação.

Ademais, não são apenas as demandas individuais que não são capazes de alcançar a macro lide, enfrentar a questão em larga escala e atingir o patamar de verdadeira reforma estrutural. Demandas coletivas, a depender do alcance, também não consideram a política pública no nível macro se seguirem a lógica retributiva de direitos individuais. Duarte cita um exemplo:

ainda que se reconheça, pela via judicial, o direito de crianças que morem em um determinado bairro a uma vaga em creche da rede pública, o problema só será de fato resolvido se houver uma expansão da rede. Caso contrário, haverá apenas uma inversão na ordem de atendimento entre aquele que ajuizou ação judicial e aquele que buscou realizar a matrícula na rede, mas que pela falta de vagas, teve que entrar em uma fila.<sup>188</sup>

Uma possível solução para tal entrave seria a eficácia expandida da coisa julgada defendida por Salles,<sup>189</sup> argumentando que em razão da universalidade característica dos direitos sociais, a sentença deve projetar efeitos em favor, também, das pessoas que estejam na mesma situação do demandante individual, significando, de maneira reflexa, a imposição aos agentes públicos, por decorrência da obrigação de tratamento igualitário e impessoal, do cumprimento definitivo da sentença de forma a garantir o tratamento

---

<sup>186</sup>SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 81, aug/2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>>. Acesso em: 06 mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. p. 46.

<sup>187</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 24, set.2011.

<sup>188</sup>DUARTE, Clarice Seixas. Para além da judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins, BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015. p. 16.

<sup>189</sup>Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais, In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna, CALMON, Petrônio; e QUARTIERI, Rita (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2011.

universal desejado pela Constituição Federal, em paralelo com o que já ocorre no chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Bastaria ao interessado, então, promover uma espécie de liquidação, demonstrando que se encontra em idêntica situação àquela do beneficiado por uma ação individual.

As decisões prolatadas em ações individuais, garantindo determinada conduta do Estado em favor de um indivíduo além da interferência em políticas já existentes, podem ainda ser um gerador de desigualdade, na medida em que privilegia exclusivamente aqueles que ajuizaram uma ação em detrimento dos demais, ou seja, “as ordens judiciais, em processos individuais, determinam a adoção de comportamentos, por parte do Estado, sem levar em conta as estruturas disponíveis e os efeitos colaterais da prestação”.<sup>190</sup>

Não é outra a conclusão de Costa e Fernandes de que

a discussão de temas políticos pela via da ação individual mitiga a possibilidade de o Poder Judiciário contribuir para tornar efetivo o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas. Ao contrário, na maioria das vezes, as decisões prolatadas em ações individuais acabam por representar apenas uma interferência em uma política pública já existente, um ataque colateral que cria disparidade entre pessoas na mesma situação de violação a direitos sociais<sup>191</sup>.

Não se pode ignorar que o inconformismo com a discrepância entre os direitos consagrados e os direitos aplicados ("*naming*") e a procura efetiva de direitos ("*blaming*" e "*claiming*")<sup>192</sup> não se realiza com todos aqueles cujos direitos são violados, ou nos dizeres

---

<sup>190</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 612.

<sup>191</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 371-373.

<sup>192</sup>O surgimento de uma disputa e a procura de uma solução, tal como apontado por Felstiner, exige que uma ofensa antes não percebida (unPIE) se transforme em ofensa percebida (PIE). O autor aponta três passos para que isso ocorra: a) naming, que se refere exatamente a percepção da contrariedade; b) blaming, com a imputação da injúria sofrida a outro indivíduo ou a outro ente; c) claiming, momento em que o lesionado busca e reclama alguma reparação ou atendimento, tornando-se uma disputa quando tal pretensão é, de alguma maneira, rejeitada por aquele terceiro. FELSTINER, William L. F. et al. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*Law & Society Review*, v. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation, 1981.

de Santos<sup>193</sup>, as demandas efetivamente ajuizadas são apenas a ponta do “iceberg”, havendo por trás uma procura suprimida.

E tal situação seria inadmissível, pois, como afirma Sabino

direitos sociais são universais em sua essência. Por universais entendem-se direitos que todos titulam. Quando se cogita de direitos sociais universais, fala-se de prestações que oneram o Estado em favor de todos e, não apenas, de alguns. A ideia de universalidade está diretamente conectada à noção de proibição de contemplação de uns, mas não de outros, quanto à mesma ação estatal.<sup>194</sup>

Outro aspecto preocupante é a repetitividade dessas demandas, o volume de ações, que gera sobrecarga ao Poder Judiciário quanto reflete na gestão de políticas públicas pelo Poder Executivo. Essa questão está, da mesma forma, atrelada ao contexto social, da existência de problemas individuais em chave coletiva.

Apesar dos efeitos perversos resultantes da quantidade de demandas ajuizadas, não se pode perder de vista que o ajuizamento de repetidas ações individuais pode ter um efeito simbólico e também estratégico.

Não obstante a solução efetiva da demanda envolvendo políticas públicas potencialmente só se alcançaria com a readequação da política pública, as ações recorrentes e individuais poderiam ser utilizadas como “termômetro”, sendo vista “como um sintoma de problemas ligados à falta de planejamento, organização ou de boa execução administrativa”.<sup>195</sup>

As ações individuais e repetitivas, retomando o possível papel simbólico e desestabilizador do Poder Judiciário (objeto do item 1.2.2), poderiam ser consideradas, no âmbito do controle de políticas públicas, como um litígio estratégico.

---

<sup>193</sup>SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>194</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 253.

<sup>195</sup>DUARTE, Clarice Seixas. Para além da judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015. p. 264.

Tal como observa Galanter<sup>196</sup> quanto aos efeitos de casos congregados, no ajuizamento individualizado por litigantes considerados eventuais, muitas das consequências são produto da ação desses muitos indivíduos, não organizados ou agrupados, e não resultado de um *design* previamente pensado e elaborado para reivindicar a mesma pretensão.

Como a defesa coletiva não exclui a tutela de interesses individuais implicados e dada a indivisibilidade do objeto da proteção jurídica, o resultado perseguido de maneira individual possivelmente também favorece interesses coletivos. Um exemplo desse efeito é apontado por Costa, com criação de determinada política pública no caso dos medicamentos para HIV, reconhecido pela OMS como produto de “mobilização social, incluindo a representação de comunidades afetadas no governo, as organizações não governamentais e outros fóruns”.<sup>197</sup>

Conquanto o ajuizamento de repetidas ações individuais a respeito de políticas públicas possa resultar em um fator de pressão, em sua grande parte, não pode ser tido como litigância estratégica, já que esta “envolve diagnóstico do problema, planejamento, análise de riscos e dos espaços onde se dará este litígio, avaliação e ajustes do plano”.<sup>198</sup>

Esse parece ser o caso da litigância repetitiva presente no Judiciário Brasileiro. Como assinala Refosco,<sup>199</sup> o excesso de litigância, sem produzir efeitos concretos para o desenvolvimento de uma política pública acarreta direcionar recursos públicos, que poderiam ser utilizados para reduzir desigualdade, para uma litigância entre quatro principais órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias e Poder Judiciário).

---

<sup>196</sup>GALANTER, Marc. *Case congregations and their careers*. Law & Society Review, v. 24, n. 2, 1990.

<sup>197</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 373.

<sup>198</sup>ALMEIDA, Eloisa Machado de. Litígio Estratégico e articulação entre Jurisdições: o caso guerrilha do Araguaia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 528.

<sup>199</sup>E acrescenta que “todas as críticas feitas às ações individuais são plenamente aplicáveis a muitas das ações coletivas que já tramitaram na Justiça paulista referentes à educação infantil no Município de São Paulo.”. REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 256.

De toda maneira, retomando a razão da persistência das ações individuais, há que se considerar que, ainda que se faça necessária uma reforma estrutural para correção da política pública, os indivíduos cujos direitos foram violados, apresentam uma demanda que reclama imediatidade, e de alguma forma, devem ter seus direitos tutelados.<sup>200</sup>

Conclui a Costa que se trata de uma

situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre educação infantil é restrito à parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém é qualificadamente eficiente na garantia de direitos. Sob a perspectiva do acesso à justiça substancial, porém, não tem potencial de resolução do macro lide e acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito a creche e pré-escola somente aquele que consegue ultrapassar as barreiras do acesso à justiça procedimental.<sup>201</sup>

A indagação que permeia toda essa discussão é qual deve ser o desfecho dessas demandas individuais? A premissa já é a inviabilidade de fruição por todos os membros da sociedade, por impossibilidade econômico-financeira. Essa premissa, entretanto, não é suficiente para afastar as alardeadas consequências negativas da ação individual.

Defende Sarlet que

se as objeções em relação à tutela judicial individual não podem ter o condão de afastar tal via de efetivação dos direitos sociais (cujo sujeito, ainda mais no caso do direito à saúde, segue sendo, em primeira linha, o indivíduo concreto, com sua dignidade) também é certo que é preciso empreender ajustes e minimizar os efeitos negativos da litigância individual, seja mediante um controle mais rigoroso no que diz com a necessidade da prestação pleiteada, seja no respeitante a outros aspectos, parte dos quais referidos como possibilidades aptas a propiciar maior

---

<sup>200</sup>A relação entre os litígios estruturais e a satisfação da pretensão individual é objeto de tópico próprio. Ver item 2.5.1.

<sup>201</sup>COSTA, Susana Henriques. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 454-463.

racionalidade e eficácia no plano de estratégias de efetivação dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular.<sup>202</sup>

A ideia, portanto, não é defender a utilização das ações individuais para concretização de direitos sociais, mas compreender as razões e hipóteses para utilização dessa forma de tutela, além das consequências dessas demandas, indicando possíveis alterações na técnica processual que permitam minorar ou afastar as consequências nefastas imputadas às ações individuais.

### 2.3 OS LITIGANTES NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

De maneira igualmente relevante para correta compreensão e minimização das distorções inerentes aos processos individuais, é preciso compreender como atuam os atores envolvidos nessa litigância relacionada à políticas públicas.

A esse propósito, outro aspecto desfavorável das demandas individuais é a percepção de vantagens por um dos litigantes. Essas demandas que buscam obter do Poder Público determinada prestação se enquadram no protótipo PE vs JH – participantes eventuais ajuízam demandas contra jogadores habituais.<sup>203</sup> E a propósito do Poder Público, Galanter ressalta que o governo é um tipo especial de “repeat player”, em razão da limitação do alcance dos controles informais - tais como o cancelamento do contrato ou a recusa em continuar relações benéficas - o que traz contornos específicos para a litigância.

Inferre-se dessa análise que nessa litigância PE vs. JH, o autor individual, PE, tem pouco ou nenhum interesse na macro lide ou na implementação ou aprimoramento efetivo da política pública.<sup>204</sup> A pretensão levada a juízo tem um significado muito imediato e relevante para o autor ao contrário do que ocorre com demandado JH, que pode se arriscar

---

<sup>202</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 13-40, set.2011.

<sup>203</sup>A partir dos tipos ideais desenvolvidos por Galanter têm-se de um lado o “repeat players” (RP) ou jogador habitual (JH), “profissional” burocraticamente organizado que goza de vantagens estratégicas, dentre as quais são citadas a capacidade de estruturar transações, especialização e economia de escala, estratégia em longo prazo, capacidade para questionar e discutir as regras, capacidade para insistir e investir que determinadas regras sejam efetivamente observadas, dentre outras e de outro o “one shoter” (OS) ou participantes eventuais (PE), que acessam o sistema de justiça apenas ocasionalmente, para quem a pretensão levada a juízo tem um significado muito forte, ao contrário do que ocorre com os RPs, que podem se arriscar em teses jurídicas e testes das estratégias, contingenciando os riscos e perdas. (GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Vol. 9:1 *Law and Society Review*, 1974.)

<sup>204</sup>Ao analisar a litigância do tipo PE vs JH – participantes eventuais ajuízam demandas contra jogadores habituais, Galanter afirma que “o autor PE geralmente tem pouco interesse na situação do direito. O réu JH, no entanto, está bastante interessado”. (GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Vol. 9:1 *Law and Society Review*, 1974.)

em teses jurídicas e testes das estratégias de defesas, contingenciando os riscos e perdas, ou até mesmo se manter passivo, apenas atendendo pontualmente às determinações judiciais.<sup>205</sup>

O autor ou o beneficiário imediato do provimento jurisdicional é litigante ocasional e possivelmente aquela demanda é (ou será) um de seus poucos ou único contato com o Poder Judiciário. Sua preocupação tem nenhuma relação com o quadro geral da política pública ou com o impacto orçamentário ou ainda com o atendimento dos demais possíveis beneficiários da política pública. De outro lado, para o litigante repetitivo, que causa a lesão em escala coletiva, existe uma ação coletiva “de fato”, já que litiga sobre a mesma questão contra um grande número de indivíduos.

Além do autor e réu, há ainda outro ator envolvido nessa litigância relacionada às políticas públicas. Como adverte Asperti,<sup>206</sup> em análise da litigância repetitiva, a tipologia de Galanter, de litigante habitual e eventual, não alcança o que pode configurar um terceiro grupo, qual seja, a dos atores que se encontram à margem do sistema, os ausentes, que representam a procura suprimida ou potencial.

Isso porque, sob a ótica do acesso à justiça, apenas uma pequena parcela do grupo social, de forma individualizada tem a percepção de que há um direito social que lhe é garantido sendo violado (“*naming*”), que compete ao Estado atender tal direito (“*blaming*”) e que há medidas judiciais possíveis (“*claiming*”).<sup>207</sup>

Outra grande parte do grupo social atingido, ou não ultrapassa a barreira da percepção da violação de um direito, ou não chega ao Judiciário com a sua demanda, gerando uma concorrência entre os próprios litigantes eventuais. Esse terceiro ator envolvido é igualmente identificado por Refosco, ao afirmar que “para além da desigualdade inerente à posição dos litigantes habituais ante a dos eventuais, há, no estudo da litigiosidade brasileira, uma segunda complexidade: a concorrência entre diferentes

---

<sup>205</sup>Nesse sentido, pertinente a crítica de Arenhart, em referência aos “repeat player” e “one shoter” de que “a desarticulação da tutela coletiva no Brasil caminha em benefício de alguém. Sem dúvida, há quem se beneficie da falta de tutelas jurisdicionais eficientes e conta com essa falta para insistir em violar direito e interesses”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

<sup>206</sup>ASPERTI, Maria Cecília Araújo. *Acesso à justiça e as técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. p.78.

<sup>207</sup>FELSTINER, William L. F. et al. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*Law & Society Review*, v. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation, 1981.

grupos sociais de litigantes eventuais por direitos sociais promovido pelo Estado”.<sup>208</sup>

É evidente a assimetria estrutural<sup>209</sup> entre o Poder Público e os indivíduos potencialmente lesados. E mesmo se considerada a coletividade, a simetria persiste. Os efeitos mais imediatos da lesão são experimentados no nível individual, enquanto que a causa tem aspecto coletivo.

Como adverte Vitorelli,<sup>210</sup> mesmo da perspectiva do litigante individual, que não se beneficia, em regra, dos ganhos de escala disponíveis para o litigante habitual, o que existe é uma ilusão de controle individual do processo, pois há uma agregação informal dos vários casos, repetindo petições e decisões (pelo juiz e pelo advogado do réu).

Um quarto ator envolvido nessa litigância pode ser identificado. Os juízes podem ser considerados, nesse sentido, eles próprios, como uma espécie de “*repeat players*”, já que em razão de sua experiência profissional, são capazes de identificar aspectos determinada litigância muitas vezes não são percebidos pelos demais atores envolvidos, sejam jogadores habituais ou ocasionais.

Sobre o assunto, aponta Takahashi<sup>211</sup> que os juízes não apenas reagem à participação das partes, mas também participam ativamente no desempenho institucional, moldando não apenas os conflitos, mas também os objetivos a serem atingidos. É evidente que tal atuação dos juízes, vistos como uma espécie de jogadores habituais, com as vantagens estratégicas a eles inerentes, pode ser vista como distorcida ou desvirtuada para outras finalidades.

Entretanto, é possível encarar a habitualidade e expertise decorrente dessa atuação sob outro enfoque. Mudando um pouco a perspectiva, tirando o holofote da porta de entrada, isso é, dos aspectos relacionados à propositura de ações, a depender da iniciativa

---

<sup>208</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 111.

<sup>209</sup>Expressão utilizada por Vitorelli em relação aos litígios globais simples, tais como demandas atreladas ao direito do consumidor, mas que se propõe aqui estender também aos litígios irradiados, dentre os quais se insere o controle judicial de políticas públicas segundo a classificação proposta por referido autor. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 489.

<sup>210</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 489.

<sup>211</sup>TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e Litigiosidade: partes e instituições em conflito*. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019, p. 192.

de legitimados, seja para ações individuais ou coletivas, é possível considerar aquilo que pode ser desenvolvido no caminho que o conflito judicializado atravessa até encontrar a porta de saída (decisão judicial).

Neste cenário, o grande desafio seria conciliar os diferentes interesses em jogo, pois estamos diante de demandas que não funcionam na lógica de “ganha-perde”.

Seria necessário conciliar: o interesse do indivíduo que visa ao pronto atendimento de seu direito garantido na Constituição Federal; o interesse do Poder Público (demandado) em preservar sua capacidade orçamentária e sua capacidade de escolha das políticas públicas a serem desenvolvidas; o interesse social de garantir a igualdade de direitos para todos aqueles que estejam na mesma situação, sem privilegiar aquele que se valeu da ação judicial, evitando o chamado “efeito fura-fila”; e por fim, os interesses do próprio Judiciário em reduzir o número de demandas e a sobrecarga de trabalho.

Tendo como premissa que uma das principais razões da persistência do ajuizamento individualizado de demandas fundadas em políticas públicas está essencialmente ligada à imediatidade do provimento jurisdicional e à necessidade de compatibilizar os diversos e multiformes interesses em jogo nesses conflitos, para que se consiga apresentar uma possível adequação da técnica processual para a judicialização de políticas públicas, é preciso, antes, compreender a tutela processual que tem sido considerado como ideal para o controle jurisdicional de políticas públicas.

#### 2.4 POR QUE O PROCESSO COLETIVO E REFORMA ESTRUTURAL?

A ação coletiva é frequentemente apontada como a forma de tutela processual mais adequada para as demandas envolvendo políticas públicas. Retomando a ideia de titularidade dos direitos sociais, que são objeto dessas demandas, Costa e Fernandes afirmam que

se os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, parece intuitivo dizer a discussão judicial se daria de forma mais adequada pela via do processo coletivo, de sorte que todas as pessoas submetidas a uma mesma privação em relação a determinado direito pudessem ser beneficiadas pela decisão judicial que, em alguma medida, teria caráter

político, justamente por criar, modificar ou intervir em uma política pública.<sup>212</sup>

Defende Zufelato<sup>213</sup> que apenas as ações coletivas viabilizam o controle jurisdicional de políticas públicas, uma vez que apenas estas teriam aptidão para provocar a elaboração de um programa sistemático de enfrentamento da necessidade de uma política, possibilitando a extensão da decisão a todos os integrantes do grupo.

Contudo, mais que coletivo, a forma de tutela processual mais adequada defendida para as demandas envolvendo políticas públicas é o processo cuja decisão final tem natureza estrutural. O projeto de Lei 8.058/2014 prevê como característica do processo especial para controle e intervenção em políticas públicas que o processo seja estrutural, para facilitar o diálogo institucional entre os poderes.

Nesse sentido, a partir da lição de Grinover, não há que se confundir interesses metaindividuais, tutelados por meio do processo coletivo, com interesse público, tutelados por uma espécie típica de processo coletivo, que é denominado processo de interesse público ou estrutural. Para a distinção, afirma que “o interesse público é aquele que o cidadão, individual ou coletivamente, exerce em face do Estado para a fruição de um bem da vida a que todos têm direito. Os direitos metaindividuais, por sua vez, pertencem a uma categoria, grupo ou classe de pessoas e só a eles”.<sup>214</sup>

E conclui que a relevância dessa distinção para a processualidade é que o processo coletivo deve ser adequado à solução de um conflito coletivo limitado a uma comunidade, enquanto o processo de interesse público ou estrutural “deve ser adequado a obter a fruição de direitos sociais (ou prestacionais) assegurados a toda população e que dependem de políticas públicas”.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 370.

<sup>213</sup>Uma vez que “política pública significa método sistemático e metódico de consecução de fins do Estado, exigindo-se para tanto a previsão e concretização de um plano político-jurídico que materializa um direito fundamental previsto constitucionalmente. Nesse sentido, falar em políticas públicas significa relacionar os atos estatais que trarão um certo benefício a uma dada coletividade carente daquela política”(ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 329).

<sup>214</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 41-42.

<sup>215</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 41-42.

Antes de avançar nas características dessa tutela processual, cabe ainda mais uma ressalva. É possível identificar dois significados distintos para a expressão “processo estrutural”.

Uma primeira que se refere à característica da decisão judicial, no contexto desenvolvido por Fiss, já abordado, de nova forma de adjudicação, por ele denominada de “*structural reform*”. Dessa forma, “a decisão estrutural (“*structural injunction*”) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (“*structural reform*”) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos”.<sup>216</sup>

A decisão estrutural se apresenta como adequada diante de questões policêntricas “que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente”,<sup>217</sup> uma vez que essa decisão tem por orientação uma perspectiva futura e estruturante, com vistas à resolução da controvérsia como um todo, “evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.<sup>218</sup>

O adjetivo estrutural empregado, dessa maneira, refere-se mais à ideia do resultado do processo e à implementação da ordem judicial (“*enforcement*”), do que propriamente uma característica dos atos do processo em si.

A decisão judicial estrutural, nesse primeiro sentido e mais comumente empregado, é aquela que tem por objetivo implantar uma reforma estrutural, com a finalidade de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. O conflito envolve múltiplos interesses sociais tuteláveis e a solução reclamada necessariamente resulta em intervenção judicial na atividade (ou em outras palavras, na estrutura) dos sujeitos envolvidos no processo.

---

<sup>216</sup>DIDIER JR., Freddie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 365.

<sup>217</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v.38, n. 225, nov.2013.

<sup>218</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v.38, n. 225, nov.2013.

Acrescenta Vitorelli<sup>219</sup> que tais litígios implicam a implementação, pela via judicial, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade, sendo necessária a reforma de uma instituição, pública ou privada, para permitir a promoção do valor público visado.

Em outra acepção, mas igualmente útil no contexto de controle judicial de políticas públicas, estrutural pode referir-se não apenas à decisão judicial ou à solução que se espera nessas demandas, mas também ao próprio procedimento, no sentido de que as etapas do processo são mais estruturadas (“estruturação procedimental do processo”).

Como pontua Arenhart que “ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”.<sup>220</sup>

Essa é igualmente a constatação de Vitorelli, indicando que as decisões tomadas no âmbito de processos estruturais invariavelmente geram “impactos graves sobre grupos distintos de pessoas, com interesses não alinhados, os quais pretenderão promover seus próprios interesses. O conflito, nessa situação, não existe apenas entre autor e réu, mas também entre os membros do grupo”<sup>221</sup> e que qualquer decisão repercutirá de variadas maneiras e produzirá efeitos diversos em relação as partes.

E considerando que esses litígios são caracterizados pela elevada complexidade e a contraposição de múltiplos interesses sociais a serem tutelados, o processo estrutural, nessa segunda acepção, com a redefinição do contraditório, é o procedimento adequado para debate judicial de políticas públicas.

---

<sup>219</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 374.

<sup>220</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423, 479.

<sup>221</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 374.

Assim, a estruturação do processo é direcionada à possibilidade de manifestação dos diferentes subgrupos atingidos (uma vez que são conflitos de alta conflituosidade interna).

Necessário nesse ponto, observar que reforma estrutural, ativismo judicial e judicialização da política não são três figuras equivalentes, embora estejam relacionadas. A reforma estrutural, embora englobe também políticas públicas, não está a ela restrita, refere-se à readequação de organizações burocráticas que colocam em riscos direitos e garantias constitucionais.

Já a judicialização da política diz respeito a introdução no Judiciário de controvérsias envolvendo a concepção, implementação e gestão de políticas públicas pela Administração, o que pode ou não ocorrer por meio de demandas estruturais, embora estas sejam apontadas como o modelo ideal para o controle de políticas públicas.

Por fim, mas não menos importante, o ativismo judicial, segundo explicação de Barroso “é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969” e “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.<sup>222</sup>

Feitas estas distinções, algumas características próprias de processos coletivos e de natureza estrutural justificariam a defesa da adequação dessa forma de tutela aos conflitos envolvendo políticas públicas, dentro as quais se destacam: a representatividade da titularidade dos direitos envolvidos, inseridos em contexto essencialmente coletivo; a extensão do objeto do processo, muito mais amplo em ações coletivas que nas individuais; a viabilidade da decisão ter caráter dialogal, além da maior abertura para flexibilidade do procedimento.

O primeiro aspecto da ação coletiva estrutural, a justificar sua primazia em relação às ações individuais, é o alcance e a representatividade. Cappelletti<sup>223</sup> afirma que

---

<sup>222</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>.

<sup>223</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 108.

nessas demandas, por definição, o requerente não promove a demanda meramente por ele mesmo, mas pela coletividade, para uma classe ou subclasse de pessoas e como consequência, tanto os deveres da parte ideológica quanto o controle de responsabilidade da Corte devem ser mais intensos.

Contudo, adverte Fiss,<sup>224</sup> em outro texto, que o caráter representativo da ação decorre da natureza de sua reivindicação e da qualidade estrutural do remédio, não da designação do processo como uma ação coletiva.

Em artigo Moreira e Ferraro<sup>225</sup> apontam uma tendência de mudança de racionalidade, “no sentido de que o que é decidido (em sentido amplo) no processo tem repercussões para além das partes”, ou seja “os processos já não são triângulos fechados, mas antes se parecem com polígonos com muitos polos e incidências (a maioria dos quais desconhecidos quando do ajuizamento da demanda)”.

E em se tratando de políticas públicas e processo de interesse público, “nenhuma das partes no conflito poderá invocar *ius dominus* sobre o bem litigado, não detendo, por isso, poderes de controle e manipulação sobre este”<sup>226</sup> por isso, como afirma Cappelletti,<sup>227</sup> a parte não pode livremente dispor do direito em objeto do processo.

A consequência dessa afirmação a respeito da indisponibilidade do direito material é que, uma vez provocada a jurisdição, e levada a questão à apreciação judicial, em razão da natureza do direito, não há que se cogitar que apenas parcela do direito seja objeto do processo, optando a parte livremente não levar a juízo a integralidade do direito alegado e sua política pública correspondente, excluindo uma parcela da apreciação judicial.

---

<sup>224</sup>FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>225</sup>MOREIRA, Egon Bockman; FERRARO, Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelo *amicus*: notas a partir e para além do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 43-73, jan. 2016.

<sup>226</sup>VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 193.

<sup>227</sup>“By definition, the plaintiff does not sue merely for himself, but for the collectivity, for a class or subclass of persons; it is the class “collective right”. As a consequence, both the duties of the ideological party and the controlling responsibility of the court become more intense. On the one hand, the party cannot freely “dispose” of the collective right in issue, on the other hand, the judge is responsible for insuring that the party’s procedural behavior is, and remain through the proceeding, that of an “adequate champion” of the public cause”. CAPPELETTI, Mauro. Vindicating the Public Through the Courts. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 683.

A extensão do que pode ser levado para o âmbito do processo coletivo é igualmente considerada por Refosco<sup>228</sup> como uma das razões da adequação do processo coletivo ao controle de políticas públicas. Após o estudo do caso das creches na cidade de São Paulo, conclui a autora que um dos diferenciais da demanda foi o escrutínio da política pública relativa à educação infantil realizada pelas autoras e a ação judicial coletiva seria um dos poucos espaços públicos em que um arrazoado de tamanha qualidade poderia ser realizado ante o órgão municipal, tendo, então, um valor intrínseco de participação e cobrança democráticas.

Outra das características dos processos estruturais descritas é o traço policêntrico, que exige contraditório em relação ao Poder Público e à sociedade, e também o caráter dialogal do processo. Uma possível solução para esses processos envolvendo essa multiplicidade de conflitos e que se mostra viável essencialmente em ações coletivas é o método dialógico – “*town meeting*”, na denominação apresentada por Yeazell.<sup>229</sup>

No contexto de litigância de interesse público, analisando um caso da Corte em Los Angeles, Califórnia, conclui Yeazell que com o nome de “*intervention*”, o que estava ocorrendo era um verdadeiro “*town meeting*”, defendendo o autor que nesses litígios, que não se enquadram na tradicional forma de adjudicação (conflitos bilaterais, a quem se dá razão, aplicando-se a norma aos fatos), há duas possibilidades de postura das Cortes.

Na primeira, a própria Corte poderia desenhar e administrar o plano de reestruturação da política pública ela mesma, resultando em julgamento legislativo. Na segunda maneira, sugerida pelo autor, ampliando a participação e a intervenção, e por isso, um “*town meeting*”, de modo que os envolvidos, com ampla representatividade e poder de barganha, pudessem alcançar um acordo negociado, obrigatório e vinculante (“*settlement negotiated under coercion*”).<sup>230</sup>

Outras das razões pelas quais o processo coletivo e estrutural se mostraria mais adequado para o controle judicial de políticas públicas é que o procedimento, em razão da

---

<sup>228</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 254.

<sup>229</sup>YEAZELL, Stephen C. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case*. UCLA Law Review, vol. 25, 1977, p. 244-260.

<sup>230</sup>YEAZELL, Stephen C. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case*. UCLA Law Review, vol. 25, 1977, p. 244-260.

natureza do direito material tutelado, é menos rígido. Como afirma Salles,<sup>231</sup> o tratamento judicial do interesse público exige uma maior flexibilidade para atendimento de situações complexas e contingentes e os parâmetros procedimentais rígidos não permitem o devido equacionamento de todos os fatores envolvidos e inviabilizam os resultados esperados da tutela jurisdicional.

## 2.5 AS DIFICULDADES DA AÇÃO COLETIVA E DO PROCESSO ESTRUTURAL

Das próprias razões apontadas para adequação da tutela coletiva e estrutural para controle jurisdicional de políticas públicas podem ser extraídas as dificuldades enfrentadas por essas demandas, que geram obstáculos à ampla utilização desses mecanismos e à efetividade desse tipo de tutela.

A primeira grande dificuldade está na representação dos múltiplos interesses no âmbito do processo, sendo inviável que cada um daqueles que podem ser alcançados por uma decisão proferida em processos judiciais envolvendo políticas públicas participe efetivamente. Contudo, não se pode ignorar que a participação tem também um caráter instrumental, de contribuição para a tutela do direito material, “ampliando as informações e perspectivas disponíveis para a para a adoção da decisão mais adequada”.<sup>232</sup>

A representação no âmbito processual de todos esses múltiplos interesses não se trata de intervenção, no sentido processual e tradicional, de terceiros, que afetados indiretamente em sua esfera de direitos, passam a ser parte no processo. Afirmam Moreira e Ferraro que “não é, ao que parece, intervenção em processo propriamente alheio, quando seus interesses estão imbricados com diversos outros e serão afetados pela decisão. Distante da lógica do processo tradicional, aliás, trata-se de participação, antes que intervenção”.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 328-329.

<sup>232</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 604.

<sup>233</sup>MOREIRA, Egon Bockman; FERRARO, Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelo amicus: notas a partir e para além do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 43-73, jan. 2016.

Sobre a questão de participação dos indivíduos atingidos pelos efeitos da decisão judicial, Fiss<sup>234</sup> apresenta outro ponto de vista: o axioma da participação do indivíduo em controvérsias policêntricas parece enaltecer o indivíduo, porém o deixaria a mercê de grandes agregações de poder. Defende que o axioma da participação individual é baseado em uma realidade que já não existe, qual seja a atrelada a uma sociedade horizontalizada, na qual as pessoas relacionavam-se umas com as outras em termos individuais e aproximadamente igualitários.

No cenário social atual, o que é necessário para proteger o indivíduo é o estabelecimento de centros de poder, com força e recursos iguais aos dos agentes sociais dominantes, ou seja, um poder equivalente. A concepção de adjudicação que honra estritamente o direito de cada indivíduo afetado participar do processo parece proclamar a importância do indivíduo, mas na verdade, o deixa sem o suporte institucional necessário para concretização do seu direito.

A questão da dispersão dos interesses afetados é abordada também por Salles,<sup>235</sup> que ao analisar a questão da representação dos interesses difusos, não só nos processos judiciais, mas nos vários processos sociais, aponta a dispersão em um grande e indeterminado número de sujeitos.

O impacto sofrido por interesses difusos não é distribuído de maneira regular entre os vários sujeitos de alguma forma por eles implicados. Aponta o autor alguns fatores que podem atuar em favor do prevalecimento de interesses mais difusos: disponibilidade de informação, mecanismos legais de redução de custos, menor complexidade da matéria, evidência do valor total do bem ameaçado e desuniformidade na distribuição de custos e benefícios.

A legitimidade ativa, nesse sentido, constitui um dos entraves da ação coletiva, podendo ser apontada como uma das causas das dificuldades de prevalecer ações desta natureza ao invés de ações individuais, pois não se pode presumir organização social ou coerência na articulação entre os agentes envolvidos ou mesmo mobilização social.

---

<sup>234</sup>FISS, Owen As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 160.

<sup>235</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 133-134.

Se ultrapassadas as dificuldades de organização e custos, com a propositura de ação coletiva por um dos legitimados, o Poder Judiciário, embora pareça se pautar pelo objetivo de reduzir o número de demandas e conter a litigância, contudo apresenta grande relutância em julgar demandas coletivas que versem sobre políticas públicas.

Em estudo empírico, realizado pelo CEBEPEJ e pela FGV,<sup>236</sup> das ações que tutelam o direito à saúde – apontadas como emblemáticas da busca por efetividade das normas constitucionais de direitos sociais, em razão do índice de judiciabilidade – constatou-se que a esmagadora maioria das ações propostas é tipicamente individual, com grande probabilidade de êxito, havendo pouquíssimas ações coletivas, que encontram resistências de julgamento, o que acaba incentivando a litigância individual.

Não é outra a conclusão de outro estudo empírico realizado por Lopes, que teve por objeto ações relacionadas ao direito à saúde e educação até 2003, indicando um reduzido número de ações nas quais o direito a saúde e educação são tratados como objetos ou bens coletivos. A forma judicial de discussão tende a transformar problemas de distribuição em problemas de comutação, já que não há menção ao critério da universalidade e do gozo simultâneo e conclui que “os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas gerais”.<sup>237</sup>

Em pesquisa empírica realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com juízes, apenas para 23,4%, não há diferença quanto à probabilidade de julgamento favorável entre ações coletivas e individuais que envolvem acesso a políticas/bens públicos.<sup>238</sup>

Há, portanto, uma clara diferença no comportamento institucional do Poder Judiciário quando confrontado com uma ação coletiva estrutural e quando apresentada essa demanda de maneira fragmentada, individualizada. Esta postura do Poder Judiciário é identificada por Lopes, que afirma que “os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a

---

<sup>236</sup>CEBEPEJ e FGV DIREITO SP. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, 2014.

<sup>237</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 242.

<sup>238</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.82. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas gerais”.<sup>239</sup>

Um das justificativas para esse comportamento pode ser a dificuldade e o desafio para julgamento. Segundo pesquisa empírica da Sociedade Brasileira de Direito Público, “quase 68,3% dos magistrados concordaram que os temas das ações coletivas exigem uma produção probatória mais complexa, enquanto 81,5% confirmaram que as decisões das ações coletivas são mais complexas e exigem maior reflexão dos juízes”.<sup>240</sup>

Quanto ao efetivo atendimento, em termos lógico-jurídicos, a possibilidade de sucesso e obtenção do resultado prático almejado deveria ser a mesma na via coletiva e na via individual. E o julgamento de mérito de demandas coletivas, isto é, a efetiva mediação da litigância de interesse público seria a melhor estratégia para reduzir o volume de demandas repetitivas, proferindo decisões de efeitos gerais e viabilizando controles informais, e não só adjudicatórios do cumprimento das determinações judiciais.

Sobre o tema, pertinente a crítica de Arenhart:

a falta de percepção da relevância da tutela coletiva para o Poder Judiciário, como instrumento para que esse órgão possa desempenhar sua função, acaba por repercutir, no seio da instituição, com a criação de outros instrumentos que realizem essa finalidade. Paradoxalmente, então, vê-se o Poder Judiciário diminuir o campo de atuação da tutela coletiva, e, ao mesmo tempo, encontrar alternativas interpretativas para poder gerir a quantidade de casos idênticos que lhe é submetida.<sup>241</sup>

Uma possível explicação para tal comportamento contraditório pode decorrer das relações tendenciais apontadas por Jordão.<sup>242</sup> No estudo da intensidade do controle judicial sobre decisões administrativas, argumenta que este está atrelado às peculiaridades substanciais da ação controlada e às peculiaridades institucionais da autoridade que a

---

<sup>239</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 246/247.

<sup>240</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. p.83/84. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

<sup>241</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

<sup>242</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.56-79.

promoveu. Quanto as primeiras, são relevantes, a sensibilidade jurídica, a complexidade técnica e a natureza política. Tendencialmente havendo sensibilidade jurídica - relacionada às prerrogativas individuais particularmente relevantes (direitos fundamentais e humanos, por exemplo) e a salvaguarda de valores jurídicos objetivos, como aqueles de ordem constitucional - o controle judicial é não deferente, voltando-se para a proteção da esfera subjetiva dos cidadãos, com resguardo de suas prerrogativas individuais, em especial atrelada a direitos e liberdades fundamentais ou para a proteção de circunstâncias objetivas relevantes para a sociedade. De outra parte, havendo complexidade técnica ou natureza política, é tendencialmente deferente.

E se a complexidade técnica ou a natureza política das decisões envolvendo políticas públicas ficam escancaradas em ações coletivas e estruturais e um pouco mais implícitas em ações individuais, necessário ponderar, entretanto, que em sendo a ação fragmentada multiplicada exponencialmente, este bloco gera efeitos no contexto da política pública talvez mais impactantes do que uma decisão em ação coletiva. Como conclui Vitorelli, “embora os juízes brasileiros estejam proferindo decisões que implicam reforma estrutural, ainda não existe a consciência de que os impactos concretos da ordem precisam ser avaliados de uma perspectiva sistêmica”.<sup>243</sup>

Embora essas relações tendenciais descritas por Jordão contribuam para a compreensão, exercendo função explicativa, preditiva e propositiva, conclui citado autor que não há isenção ou objetividade na escolha da intensidade do controle, e “a decisão final a propósito da intensidade do controle judicial revelará uma específica opção das instituições públicas responsáveis, e terá como consequência o fomento de objetivos específicos em medidas específicas”.<sup>244</sup>

Em resumo, conquanto haja alguma tendência identificável a respeito da postura deferente ou não deferente do Judiciário em relação à decisão sobre controle de políticas públicas, é o próprio Judiciário que decide sobre quem decide (conforme abordado no item 1.2.3), sendo esta, em essência, a justificativa para a postura contraditória, o que diretamente relacionado com a ideia de instituição, isto é, do Judiciário ser visto e se ver

---

<sup>243</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 398.

<sup>244</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.379.

como um dos centros de decisão que integram o caminho da tomada de decisão a respeito de políticas públicas.

Mas não é só a resistência do Judiciário ou a problemática da representatividade adequada que são obstáculos às demandas coletivas. Há ainda o impasse atrelado à execução das decisões judiciais proferidas em ações coletivas, o que muitas vezes resultam em uma sentença transitada em julgado sem cumprimento, sem desconsiderar ainda que o resultado de uma ação coletiva não necessariamente alcança todos os indivíduos lesados.

### **2.5.1 Decisões estruturais x alcance de situações individuais pretéritas**

Os litígios estruturais, sem dúvida, têm o potencial para refletir a complexidade da questão levada à decisão do Judiciário, contudo, esses litígios não alcançam as questões individuais pretéritas, sendo a decisão estrutural uma decisão voltada para o futuro, buscando a reforma da própria política, evitando e prevenindo, sem dúvidas, novas e futuras demandas.

As demandas estruturais têm por objeto a política pública em abstrato, isto é, no contexto coletivo do direito social, mas como já abordado, adota-se aqui a premissa de que embora o direito social esteja intrinsecamente ligado à esfera coletiva, ele é também individual, e essa parcela individualizada pode não ser contemplada pela decisão estruturante.

Nesse sentido, Valle,<sup>245</sup> a partir da análise da experiência colombiana, faz uma distinção entre a aferição de adequação em abstrato de uma determinada política pública, e aquela que traduz simplesmente uma lesão a direito individual ou mesmo coletivo, que se afirma decorrente da inexistência de uma política pública ou sua ineficiência. As decisões estruturantes são destinadas exatamente ao enfrentamento de uma ausência de programa de ação ou da ineficiência crônica das políticas públicas incidentes na área.

A sistemática da execução da decisão tipicamente estrutural, que tem por objeto a reforma da própria organização das políticas públicas, tem por característica marcante soluções mais amplas e abrangentes, que “não atendam exatamente às mesmas pessoas que

---

<sup>245</sup>VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a Experiência da Colômbia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 507-511.

foram atingidas pela lesão”<sup>246</sup>, pois “se a instituição passa a funcionar bem, ela atenderá seus usuários futuros, o que representa uma reparação à classe, genericamente considerada”.<sup>247</sup>

Contudo, essas formas de execução para as decisões estruturante podem não levar em consideração as situações individualizadas e que são legitimamente levadas ao Judiciário, deixando de ser efetivamente uma boa solução para as violações pretéritas e individuais<sup>248</sup>, e como aponta Tesheiner: “uma boa solução coletiva não pode ignorar os danos pretéritos sofridos por subgrupos de pessoas que sofreram danos individuais elevados”.<sup>249</sup>

Acrescenta Vitorelli, a propósito, que:

apesar da aparência, essa [deixar sem solução os danos pretéritos] não é uma boa solução porque o litígio coletivo no qual ocorre a reforma estrutural é sempre irradiado, o que implica a existência de subgrupos de pessoas que suportaram danos individuais elevados. Nesse cenário, a reparação não pode ser substituída por um simples aceno de que o futuro será diferente, sob pena de grave injustiça. A preocupação com a reparação desses subgrupos deve permanecer em primeiro plano, juntamente com a reestruturação da instituição. Também não é adequado simplesmente redirecionar a reparação dessas pessoas para o processo individual, já que isso significaria dar menos importância ao grupo que titulariza a parcela mais importante do direito litigioso, em benefício de pessoas que foram menos atingidas.<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 415. Aponta referido autor que essas soluções se referem a “*cy-prés*”, uma teoria originada no direito inglês, para soluções difusas, através de reparações que beneficiam indiretamente a sociedade ou que são destinadas à fundos.

<sup>247</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 415.

<sup>248</sup>ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 22.

<sup>249</sup>ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>250</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 416.

Defende Salles que, no âmbito de processos de interesse público, a medida judicial deve restaurar a característica de indivisibilidade, “o que só pode ser feito através da inteira recomposição do bem lesado, sob pena de não contemplar a pluralidade de interesses a ele ligados”<sup>251</sup>, a medida judicial, portanto, deve satisfazer toda a pluralidade de interesses envolvidos, inclusive as situações presentes e individuais.

A dificuldade de conciliar a solução estrutural com o atendimento das pretensões individuais já identificadas fica evidenciada no estudo de caso realizado por Refosco<sup>252</sup> sobre o caso creche na cidade de São Paulo. Foram propostas duas Ações Cíveis Públicas (0150735-64.2008.8.26.0002 e 0018645-21-2010.8.26.0003): a primeira pretendia, além do atendimento da demanda por vagas em estabelecimento de educação infantil de 736 crianças identificadas na inicial, a condenação à apresentação de plano de ampliação de vagas e de construção de estabelecimentos de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada. Por ocasião da réplica nesta primeira Ação Cível Pública, as associações autoras informaram que, dada a urgência e relevância do atendimento de 736 crianças listadas na inicial, outra Ação Cível Pública já tinha sido ajuizada exclusivamente voltada ao atendimento de crianças específicas, ação esta que já recebera o resultado de procedência. A segunda ação pleiteava o atendimento de 94 crianças excluídas do sistema, 2926 e 380 cadastradas em lista de espera. Foi acolhido o pedido apenas quanto à matrícula das crianças especificadas na inicial, rejeitado o pedido de matrícula de crianças não especificadas, sob o argumento de tratar-se de pedido genérico, afirmando-se que tal generalidade acarretaria a falta de interesse processual.

Essa distinção entre a medida estruturante e a concomitância da violação na esfera individual fica igualmente bem clara no caso decidido pela Corte Constitucional Colombiana, no Acórdão 760, de 31/07/2008.<sup>253</sup> Foram trinta e duas determinações judiciais na decisão, as dezesseis primeiras solucionando casos concretos e as demais com ordens gerais para solução dos problemas atrelados ao sistema de saúde.

---

<sup>251</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 154.

<sup>252</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 241-245.

<sup>253</sup>COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela nº 760/08. Disponível em: < <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43476921#ixzz1OyG54PWt>>

Citando essa decisão, analisa Sarlet que “o que chama a atenção, no caso, é o fato de que a sentença do TCC abarca tanto a imposição de medidas estruturantes quanto a solução de casos individuais, dando conta que uma forma de demandar e decidir não exclui a outra, pelo contrário, a complementa e reforça”<sup>254</sup> e conclui citado autor que as

medidas estruturantes não podem substituir a litigância individual, assim como as respectivas decisões, cuidando-se de um processo de recíproca complementação e reforço. Em especial onde a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada – o que no Brasil tem sido frequente – decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e mais sistêmica, mas precisamente em virtude da resistência em relação ao seu cumprimento espontâneo não podem afastar demandas pontuais para correção dos problemas mais emergenciais existentes.<sup>255</sup>

Para a inteira recomposição do direito lesado necessário, portanto, conciliar com a decisão estruturante com o atendimento também das pretensões individualizadas que se destacaram, mas que, ao mesmo tempo, compõe o interesse supra individual.

## 2.6 APONTAMENTOS PARA ADEQUAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando o papel exercido pelo Judiciário enquanto instituição a qual se também se atribuí o poder de tomada de decisão a respeito de políticas públicas e que há prioridade e progressividade nessa efetivação, considerando o processo como meio pelo qual se dá tal deliberação e efetivação das escolhas, o estudo de institutos processuais aptos à tutela adequada desses direitos se mostra indispensável para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, de modo a moldá-la ao direito discutido, conciliando todos os interesses envolvidos e a multidisciplinariedade da matéria.

O processo coletivo, como visto, tem vantagens inegáveis e se amolda com mais facilidade ao denominado processo estrutural, no entanto, o ajuizamento individualizado persiste, o que reclama soluções técnicas processuais.

---

<sup>254</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 226-227.

<sup>255</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 226-227.

É justamente na encruzilhada entre a litigância individual, repetitiva, atomizada e o processo estrutural, apontado como o mais adequado para concretização dos direitos fundamentais sociais, que se pretende concentrar, para a partir da instrumentalidade metodológica, buscar a adequação entre o direito material tutelado e os atos do processo.

No tema de controle judicial de políticas públicas o foco tem sido o litígio estrutural e o processo estrutural. Contudo, é necessário observar que nem toda a demanda judicial envolvendo concretização de direitos sociais e políticas públicas necessariamente se trata de um litígio estrutural. Há uma miríade de ângulos e facetas para abordagem jurídica do assunto, que passa do individual, pelo grupo até a coletividade difusa, e da concepção, passando pela implementação, até a gestão de política pública. No contexto de tomada de decisão sobre políticas públicas, todavia, o procedimento deve ser sempre estrutural.

O processo estrutural, nesse sentido aqui adotado, não se confunde nem com o que se compreende por processo individual nem com o processo coletivo, embora possa haver alguma coincidência entre um e outro.

Adverte Tesheiner no prefácio de livro dedicado ao estudo dos processos estruturais que “a teoria que mais se aproxima do processo estrutural é a dos processos coletivos, mas seria um erro subsumir uma na outra, mesmo porque medidas estruturantes podem ser determinadas não só em processo coletivo, ou em processo objetivo da competência do Supremo Tribunal Federal, mas também em processo individual”.<sup>256</sup>

Assim, mesmo no âmbito dos processos individualizados podem também ser adotadas medidas típicas de procedimento estruturado.

Do cotejo das críticas ao ajuizamento de demandas individuais e das razões que indicam a adequação das ações coletivas, e em especial, do processo estrutural, para o controle jurisdicional de políticas públicas é possível concluir que, na verdade, o procedimento deve ser adequado, independentemente da forma de tutela, seja em ação coletiva ou em ação individual, já que ambas estão inseridas no que se denomina ação de interesse público.

Não é outra a conclusão de Salles:

---

<sup>256</sup>ARENHART, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 22.

O Judiciário está assumindo essas funções e na discussão desses conflitos são utilizados não somente processos coletivos como também processos individuais. No chamado processo de Interesse Público incluiríamos, assim, também as demandas individuais nas quais esses conflitos políticos são discutidos. Ainda prevalece a técnica da fragmentação dos conflitos, o que dá origem a inúmeras demandas repetitivas que temos hoje e que sobrecarregam enormemente nosso Judiciário. Esses conflitos, que tem natureza coletiva, poderiam muito bem ser solucionados numa única demanda coletiva. Mas, a fragmentação não modifica a natureza do objeto do processo.<sup>257</sup>

O presente capítulo, sem pretensão de encontrar uma resposta, busca sintetizar os pontos mais relevantes e imprescindíveis para adequação da técnica processual (independentemente se em ação individual ou ação coletiva).

O procedimento especial para controle de políticas públicas defendido por Grinover possui as seguintes características: “processo, de natureza dialogal, com contraditório e cognição ampliada”.<sup>258</sup>

A partir dessas características apontadas como ideais, a primeira observação no estudo de mecanismos para tutela processual adequada desses direitos é no sentido que não deve ser ignorada a faceta coletiva do direito pleiteado, ainda que o pedido tenha sido formulado de maneira individualizada e, portanto, não deve ser aplicada a racionalidade comutativa a esses processos.

Nesse sentido Arenhart<sup>259</sup> afirma que um procedimento adequado para discussão de políticas públicas exige amplitude muito maior que a lógica bipolar dos processos, pois exige a possibilidade de participação da sociedade, ampliação da latitude de cognição judicial, de modo que o Judiciário tome contato com todo o problema, buscando alcançar a compreensão mais global da política em discussão nos autos, considerando, além do direito

---

<sup>257</sup>SALLES, Carlos Alberto de. O Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 234.

<sup>258</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Projeto de Lei n. 8.058/2014: Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 610.

<sup>259</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 479.

constitucional, leis ordinárias e os atos administrativos expedidos pela Administração, que expressem a conformação da política pública.

Se a compreensão da organização normativa da política pública deve ser objeto da atividade do juiz, esta seria viabilizada através de poderes inerentes ao gerenciamento processual, atribuído aos juízes a tarefa de administrar os processos, garantindo maior adaptabilidade e flexibilidade das formalidades, em busca de um processo judicial mais adequado e eficiente.

Esses dois aspectos – cognição e gerenciamento – podem ser considerados como dois pontos chaves na adequação da tutela processual, e merecem uma análise mais detida.

### 2.6.1 Cognição

Como leciona Watanabe, em clássico livro, a importância da cognição é resultante da natureza da atividade do juiz, que para a prestação jurisdicional, deve, como terceiro em relação às partes, conhecer as razões, de forma plena ou limitada, exauriente ou sumária, para então adotar as providências necessárias voltadas à realização prática do direito da parte.<sup>260</sup>

Já sedimentada a distinção deste autor entre cognição horizontal - para indicar a extensão ou amplitude da cognição, limitada aos elementos objetivos do processo, cognição horizontal que pode ser plena ou limitada (parcial) - e cognição vertical - que relacionada com a profundidade do exercício da cognição pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).<sup>261</sup> É justamente através da combinação dessas modalidades de cognição que são concebidos procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses, e pretensões materiais.

---

<sup>260</sup>WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

<sup>261</sup>“Se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade”. E também “é por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo, que consubstanciado um procedimento adequado, atendas às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõe a cláusula do devido processo legal”. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 119-120.

Canela Júnior defende que nas demandas envolvendo políticas públicas

toda a cognição do juízo girará em torno da ocorrência, ou não, de desigualdade social. Esta desigualdade deve ser aferida no caso concreto, mediante análise da possibilidade fruição dos bens da vida amparados pelo artigo 6º da Constituição Federal. [...] O que se discute no caso concreto é a eventual desigualdade social gerada pela ausência de satisfação espontânea e adequada do bem da vida indicado no pedido. [...] para solução da questão, o magistrado deverá utilizar-se dos núcleos constitucionais de irradiação. (Estes) atuam como recurso para a análise de constitucionalidade e de adequação das políticas públicas no processo de conhecimento.<sup>262</sup>

No entanto, no presente trabalho, defende-se uma perspectiva diferente para cognição direcionada à estrutura normativa da política pública, para que a atuação do Poder Judiciário possa integrar o arranjo institucional da política pública, de forma harmônica.

Para tanto, “é necessário que o juiz e a parte que postula a reforma se aprofundem no conhecimento da instituição, de seu funcionamento, seus problemas, limites e possibilidades”.<sup>263</sup>

A decisão judicial no âmbito de controle de políticas públicas, se considerada a natureza, a titularidade e a eficácia do tema, não pode se preocupar exclusivamente com o direito em si, de modo isolado e exclusivamente sob o enfoque de direito subjetivo. É indissociável do direito social a compreensão de que inserido no âmbito de uma política pública, e esta deve ser o objeto da decisão judicial, que reflexamente e como consequência indissociável contribui para a concretização de direitos sociais.

Ainda que um tanto óbvio, a própria denominação utilizada para tratar da matéria é “controle judicial de políticas públicas”, o que tem por pressuposto algum equívoco, falha, desvio, ilegalidade ou inconstitucionalidade na decisão tomada pelo gestor público. A decisão judicial, portanto, não deve se pautar simplesmente e exclusivamente em

---

<sup>262</sup>CANELA JR., Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.123.

<sup>263</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 400.

princípios, conceitos jurídicos abstratos ou na previsão constitucional de direitos sociais, sem retirar qualquer importância destes.

Bucci<sup>264</sup> insiste que a decisão judicial há de ser baseada na confrontação do dever existente (em relação àqueles que pleiteiam o direito) com a real competência do agente público para a implementação da política e essa confrontação só é possível se houver alguma avanço na compreensão da própria estruturação da política pública e do seu quadro normativo organizacional.

No exemplo de Castello<sup>265</sup> sobre ação individual sobre política pública, observando se tratar de uma demanda paritária e impessoal em relação aos demais membros do grupo, pontua que o centro de cognição não deveria ser no indivíduo, mas os atributos do próprio grupo, ou seja, o foco da cognição judicial deveria ser a verificação se há falha na concepção, implementação ou gestão de determinada política pública que comporta intervenção e alcança os indivíduos autores das ações. É essencial, dessa maneira, levar em consideração as diversas nuances da política pública pleiteada.

#### 2.6.1.1 O problema das liminares

Um dos primeiros entraves da cognição está no deferimento da medida liminar, em geral pautada em cognição limitada (horizontalmente) e sumária (verticalmente).

Em crítica às decisões proferidas em caráter antecipatório da tutela afirma Bucci<sup>266</sup> que a decisão de maior impacto é proferida em caráter liminar, e “a disseminação do uso das figuras de tutela de urgência nos processos altera de maneira relevante o exercício do contraditório”, reduzindo a relevância do avanço cognitivo e probatório em razão dos efeitos já gerados pela antecipação da tutela.

A solução passa pela conduta dos três principais atores envolvidos na demanda: juiz, autor e réu. Como um ideal a ser buscado, defende que Bucci que ao autor cumpre

---

<sup>264</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.197.

<sup>265</sup>O exemplo citado é sobre um indivíduo que pretende o fornecimento de um medicamento para uma determinada doença, sob o argumento de que o fornecido pelo SUS está defasado. A controvérsia não é sobre o indivíduo, mas sobre a escolha do medicamento pelo administrador público e se o direito à saúde comporta essa intervenção na política pública em razão de um suposto defasamento tecnológico, e em verificar os limites do orçamento. CASTELLO, Juliana Justo B. *Litigância de Massa: Ações Coletivas e Técnicas de Agregação (Estudo Comparado ao Sistema Jurídico Estadunidense)*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 361-363.

<sup>266</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

“demonstrar que a expectativa é legítima, no quadro de funcionamento dos poderes da República. Em defesa, cabe ao agente governamental demonstrar a existência de plano, a adoção ou encaminhamento das medidas pertinentes e a reserva dos recursos”.<sup>267</sup> E por fim, e não menos importante, argumenta Bucci que “caberia ao juiz permitir o desenrolar pleno do processo judicial, para que todos os papéis – inclusive o da defesa – fossem plenamente exercidos, rompendo-se o automatismo das liminares”.<sup>268</sup>

Dispõe o artigo 6º do Projeto de Lei 8.058/2014<sup>269</sup> que, em fase preliminar, o requerido, no prazo de sessenta dias, deve apresentar informações detalhadas a respeito da política pública, alcançando o planejamento e execuções existentes, os recursos financeiros previstos no orçamento, a previsão de recursos necessários, a possibilidade de transposição de verbas e o cronograma para atendimento da pretensão. E apenas se o pedido envolver o mínimo existencial é que se autorizaria antecipar a tutela, dispensando essas informações.<sup>270</sup>

Quando o assunto são direitos sociais, evidentemente há situações de urgência, em que se faz presente o risco ou perigo de dano ao resultado útil do processo, principalmente se relacionadas ao tema de saúde, o que afasta a razoabilidade de impedir qualquer concessão liminar contra o Poder Público.

Entretanto, o mínimo que deve estar presente para a análise da urgência e eventual deferimento, em termos de cognição, independentemente se apresentado pelo próprio autor, se pelo réu ou mesmo buscado de ofício pelo juízo, é a identificação do quadro básico da política pública relacionada ao direito social pleiteado, de modo a permitir enxergar o contexto em que a decisão judicial vai se inserir.

Um ponto de partida seria o diagnóstico de qual das etapas da intersecção direitos sociais e políticas públicas está inserido o objeto do processo, se é necessária a própria concepção, se é caso de implementação ou simples hipótese de gestão da política pública.

---

<sup>267</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.197.

<sup>268</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81.

<sup>269</sup>BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 8.058/2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>.

<sup>270</sup>As mesmas considerações críticas ao parâmetro do mínimo existencial para autorizar demandas individuais, objeto do item 2.1.1 são aqui igualmente aplicáveis.

Não se ignora as dificuldades inerentes, e que não está restrita à cognição exercida em sede liminar. Afirma Sabino, sobre o tema, que “um dos grandes motivos dos excessos judiciais na dispensação de bens públicos se deve ao absoluto desconhecimento, por parte dos magistrados, das ações levadas a efeito pela Administração”.<sup>271</sup> E esse conhecimento não é tarefa simples, já que são informações, em tese, propriamente detidas pela Administração.

Pertinente aqui a observação de Vitorelli que “enquanto o réu for o único sujeito processual que entende da atividade que se pretende reformar, ele terá instrumentos para frustrar a implementação de mudanças”.<sup>272</sup>

#### 2.6.1.2 A defesa do Poder Público

Além disso, um desgaste das teses jurídicas de defesa do Poder Público - ilegitimidade do Poder Público, limitação orçamentária, alegação de impactos negativos - pode ser identificado. Como apontado por Lemos,<sup>273</sup> em estudo restrito às decisões envolvendo concessão de um medicamento de determinado tipo, a Administração é incapaz de mostrar que não possui recursos para fornecê-lo e tampouco consegue provar que seu fornecimento traz riscos para o sistema público de saúde e à sua capacidade de atender outros pacientes.

Não é diferente a constatação de outro estudo, que, em análise empírica em acórdãos envolvendo fornecimento de medicamento no TRF 3ª Região, até maio de 2013, realizada sob o enfoque de quatro argumentos jurídicos econômicos (reserva do possível, progressividade e aplicação do máximo de recursos disponíveis, custos dos direitos e impacto orçamentário concreto), constatou que os quatro Acórdãos que faziam referência ao impacto orçamentário foram proferidos em suspensão de segurança, em decisões que impunham a comprovação desse impacto, indicando uma dificuldade dos entes federativos em quantificar e demonstrá-lo em concreto das prestações, pela própria

---

<sup>271</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 366.

<sup>272</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 416.

<sup>273</sup>LEMOS, Julia Coelho. A judicialização da saúde como um sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 396-416.

interdisciplinaridade e complexidade do tema, o que acaba por refletir também no Poder Judiciário.<sup>274</sup>

Em uma análise mais ampla do controle da Administração Pública, a partir de pesquisas empíricas, Palma<sup>275</sup> identifica uma tendência de o controle ser pautado em princípios e conceito jurídicos indeterminados, com preocupação na casuística, isto é, exclusivamente no caso concreto, sem considerar eventuais impactos sobre a gestão pública.

Falha também a defesa em razão da desorganização normativa da política pública questionada. Nesse mesmo sentido a conclusão de Jorge, demonstrando, a partir de pesquisa empírica realizada pelo grupo de pesquisa “Direitos Sociais e Políticas Públicas” (CNPQ/MACKENZIE), que “a maioria das decisões judiciais, e até mesmo as defesas da advocacia pública, ignoravam as normas infra legais, que contém aspectos substantivos das políticas públicas de saúde e indicações dos mecanismos de implementação dos programas governamentais”.<sup>276</sup>

As dificuldades relacionadas à cognição nessas demandas são, portanto, reflexos da fragmentação normativa da estruturação da política pública, em seu nível micro institucional, e como ação governamental. Tal situação contribui para a instabilidade do direito produzido e favorece a diversidade de interpretações, bem como a interferência desordenada por parte do Judiciário, já que, “diante da incerteza ou desconhecimento da base normativa, os juízes tendem a optar pelo atendimento ao interesse individual do autor da ação, desconsiderando a organização administrativa e os aspectos globais de implementação de política pública previsto em portarias e resoluções”.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup>BRAGA, Paulo Victor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 388.

<sup>275</sup>PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as pesquisas Acadêmicas*. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>.

<sup>276</sup>JORGE, Ighor Rafael. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 458.

<sup>277</sup>JORGE, Ighor Rafael. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 469.

As consequências da ausência de um padrão jurídico normativo para estruturação das políticas públicas, tanto em relação à própria administração quanto em relação ao Judiciário são igualmente apontadas por Daniel:

a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas públicas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo.<sup>278</sup>

A complexidade e mesmo a organização normativa da política pública, contudo, não deve ser óbice para que a Administração a apresente nas demandas. Como defende Werner, “o Estado tem que estar apto e organizado para atender prontamente às solicitações de esclarecimentos judiciais, informando, de forma transparente e rápida, com dados concretos e bem construídos, as circunstâncias que envolvem cada demanda [...]”.<sup>279</sup>

Nesse sentido afirma Bucci que o “Poder Público não deve “se esconder” atrás do processo ou conduzi-lo burocraticamente. Ao contrário, deve conduzi-lo como um diálogo, materialmente informado, sobre a questão de fundo posta na ação.”<sup>280</sup>

A desorganização e a dificuldade de equacionamento da organização normativa e da real situação de determinada política pública é agravada, sem dúvida, pela enxurrada de decisões individuais, ou mesmo coletivas, que impactam na implementação e gestão da política pública.<sup>281</sup>

A mudança na postura do Poder Público nas defesas nessas ações poderia contribuir para ampliar a “*accountability*” das instituições administrativas.

---

<sup>278</sup>DANIEL, Juliana Maia. Discricionabilidade Administrativa em matéria de políticas públicas. In: Grinover, Ada Pellegrini e Watanabe, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012. 2 ed., p. 115.

<sup>279</sup>WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o direito fundamental à saúde: a experiência das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

<sup>280</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.197.

<sup>281</sup>JORGE, Ighor Rafael. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 459.

Se em razão do questionamento judicial as decisões administrativas passarem a ser mais transparentes, evidenciado que estas veiculam uma opção, isto é, há uma indeterminação jurídica e, como consequência, não há apenas uma solução juridicamente permitida, mas várias possíveis, escolhidas uma delas pela Administração, sendo explicitadas as razões e os motivos da escolha.

E sendo a decisão administrativa transparente e responsável, há uma tendência a deslocar o controle judicial para os aspectos procedimentais da decisão, com maior valorização do dever de fundamentar e dos direitos de participação dos cidadãos<sup>282</sup>.

#### 2.6.1.3 Uma tentativa de organizar e compreender a estrutura de uma política pública

Com a finalidade de conferir metodologia para análise jurídica de uma política pública efetivamente estruturada, englobando os três níveis (macro, micro e meso institucional), apresentados no capítulo em que se pretendeu analisar a política pública fora do âmbito da judicialização, Bucci<sup>283</sup> desenvolveu um quadro de Referência de Política Pública, viabilizando identificar os seus elementos básicos, com doze os elementos: 1) nome oficial do programa de ação; 2) gestão governamental; 3) base normativa; 4) desenho jurídico-institucional; 5) agentes governamentais; 6) agentes não governamentais; 7) mecanismos jurídicos de articulação; 8) escala e público alvo; 9) dimensões econômico-financeiras do programa; 10) estratégia de implantação; 11) Funcionamento efetivo do programa e 12) aspectos críticos do desenho jurídico – institucional.

Tal metodologia, voltada para a visão de políticas públicas pelo Poder Executivo, poderia ser empregada também no âmbito de processos judiciais, como ferramenta organizacional e tentativa de conferir mínima racionalidade à compreensão da política pública objeto do processo, de modo a minimizar os impactos negativos que a decisão judicial possa ter sobre a política já desenvolvida.

A finalidade da utilização dessa metodologia é para que, através do entendimento do quadro jurídico institucional e de sua organização normativa, e conseqüentemente das

---

<sup>282</sup>JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

<sup>283</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

medidas existentes para estruturação da política pública subjacente ao direito pleiteado (coletiva ou individualmente), se viabilize a compreensão de quais são as medidas já em andamento para atendimento do direito social pleiteado em juízo, ou mesmo a identificação da inexistência dessa política, para que a decisão judicial possa ser integrada e não disruptiva em relação à atuação das demais instâncias decisórias sobre políticas públicas, assumindo o papel institucional defendido neste trabalho.

Outra tentativa de uma racionalização e organização são as diretrizes estabelecidas pelo CNJ, a partir do resultado da audiência pública no. 4 do STF, realizada em 2009. Essa audiência pública foi convocada pelo Presidente do STF, na época o Ministro Gilmar Mendes, em razão dos diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada envolvendo medidas cautelares que determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Um dos resultados foi a constituição, no CNJ, de um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009), responsável pela aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, traçando diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.

Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde e a um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Foram também realizadas duas Jornadas do Direito da Saúde, com aprovação de enunciados exigindo maior cuidado na fase da instrução processual, incentivo para a oitiva prévia de técnicos, respeito às regras fixadas nos programas e políticas existentes.

A amplitude da política pública que deve ser levada para o âmbito do processo, seja individual, seja coletivo, está intrinsicamente ligada com a cognição, sendo esta “ uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”.<sup>284</sup>

O próprio Projeto de Lei nº 8.058/2014 estabelece como característica do processo a cognição ampla e profunda, “de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica”. Para auxiliar o juiz na cognição,

---

<sup>284</sup>WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 44.

Arenhart defende que “a cognição do juiz deve ser ampliada, servindo-se ele de assessorias especializadas e das próprias informações da administração, para que, se não houver acordo, o juiz se dê conta dos efeitos da decisão e esta possa ser justa, equilibrada e exequível”.<sup>285</sup>

#### 2.6.1.4 A cognição em demandas sobre políticas públicas

Nas demandas envolvendo políticas públicas, no âmbito da cognição, deve se considerar que “nem sempre haverá conflito, no seu sentido próprio, já que, muitas vezes, os sujeitos envolvidos convergem na conclusão sobre a necessidade de dar solução ao problema; divergem, porém, quanto à forma de solução, ao tempo ou a aspectos dessa resposta”<sup>286</sup> e, portanto, a lógica da decisão, assim como a do conflito, é não adversarial, não há necessariamente confronto entre duas visões necessariamente antagônicas, e em consequência não segue o modelo tradicional de cognição típico dos processos de solução de controvérsias.

O foco do processo judicial deixa de ser a responsabilização, a busca do culpado e a reparação do dano ou a adequação da conduta à lei, mas sim como a solução para correção de determinada política pública identificada como insatisfatória pode ser desenhada.<sup>287</sup>

Nessas demandas, os polos da relação processual não são estanques, mas dinâmicos, já que não há propriamente contraposição de interesses.

Ao analisar a migração de um polo para outro, previsto na lei de Ação Popular e na Lei de Improbidade administrativa, Cabral<sup>288</sup> defende, a partir do enfoque da relação processual como dinâmica, e considerando ainda que os sujeitos processuais

---

<sup>285</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 446.

<sup>286</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423.

<sup>287</sup>Nesse sentido Yeazell: “In the process, the focus of litigation tends to shift: The question is less whether events have occurred which give rise to liability under the substantive rules of law than how a remedy is to be framed.” (YEAZELL, Stephen C. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case*. UCLA Law Review, vol. 25, 1977, p. 244-260).

<sup>288</sup>CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

podem ter interesses comuns e contrapostos, uma compreensão dinâmica do interesse e da legitimidade.

Com a superação do conceito tradicional de legitimidade, defende a redução da análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos (*ad actum*). Sobre o interesse de agir, a partir da ideia de os negócios jurídicos processuais, defende que as partes, ainda que com interesses materiais contrapostos, podem desenvolver uma atuação conjunta e cooperativa que se mostra mais adequada, alargando o conceito para zona de interesse. Esse autor defende três atuações possíveis nesse movimento de migração entre os polos do processo: migração móvel (ir e voltar), pendular (apenas para um ato em conjunto) ou atuação despolarizada.

Em processos envolvendo políticas públicas, que foge da lógica adversarial, essas migrações entre os polos é o que deve se esperar das partes e do próprio juiz.

Nesse sentido, observa Sabino que encarar as demandas que buscam a concretização de direitos fundamentais sociais de forma bilateral “é tratar um problema de justiça distributiva (a justiça da distribuição de bens sociais, a justiça coletiva, a justiça metaindividual) como se fosse de justiça comutativa ou retributiva (baseada no modelo de custo-benefício, em que uma coisa, bem delimitada, não pode pertencer, ao mesmo tempo, a dois contendores)”.<sup>289</sup>

Defende Arenhart<sup>290</sup> que apenas haveria uma mudança se houvesse uma ruptura do paradigma individualista no tratamento judicial desses interesses, há de prevalecer não a vontade de um imaginado titular, mas do interesse social e coletivo.

Assim, ciente das distorções diante de uma demanda individual cuja pretensão é o fornecimento de algo ou a prestação de alguma atividade pelo Estado, ao decidir o mérito da ação, como ensina Silva, o juiz deve “pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos e não fazer a realocação

---

<sup>289</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed., Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012.

<sup>290</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 476.

irracional e individualista de recursos escassos, e, sobretudo realizar com maior eficiência os direitos sociais”.<sup>291</sup>

Adverte Costa que função do juiz nessas demandas envolvendo direitos sociais e políticas públicas deve ser consequencialista, estratégica e mediadora, pois

o juiz que decide sobre políticas públicas não pode ser alheio às complexidades e dificuldade de execução da sua decisão. Há limites jurídicos (p. ex. orçamentários) e fáticos (p. ex. financeiros) na atuação do Estado que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido na sentença. Há também dificuldades procedimentais (p. ex. necessidade de licitação da contratação) que dificultam o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos e podem, inclusive, dar ensejo a desvios de conduta na administração. Mas, acima de tudo, há impactos diretos e indiretos gerados pelo próprio cumprimento da sentença judicial envolvendo a implementação de direitos sociais e que não podem ser ignoradas pelo juiz quando do julgamento. A definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem vir a prejudicar outros direitos sociais.<sup>292</sup>

No âmbito da cognição, no tradicional processo civil, é frequentemente apontada sua despreocupação com a precisão do “*factfinding*”<sup>293</sup>, contudo, nos processos envolvendo políticas públicas, diante da complexidade e dos efeitos que a decisão tem sobre a própria estrutura da política pública, a cognição e seu resultado, isso é a motivação<sup>294</sup>, assumem maior relevância e Watanabe reconhece que “o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da econômica processual, da

---

<sup>291</sup>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. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

<sup>292</sup>COSTA, Susana Henriques da. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 403.

<sup>293</sup>Nesse sentido CHAYES. Abram The Role of the Judge in the Public Law Litigation. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p.38.

<sup>294</sup>“A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do iter percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expressos na “motivação”. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

publicidade e de outros corolários, do conceito de “devido processo legal”, assegurado pelo art. 5º, LIV da Constituição Federal”.<sup>295</sup>

A cognição, nessa perspectiva, no aspecto horizontal, deve ser plena, no sentido de que a estrutura normativa da política pública questionada deve ser compreendida em sua totalidade.

Tradicionalmente, a cognição horizontal encontra-se limitada aos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido). Contudo, os processos de interesse público reclamam certa flexibilização dos limites objetivos da demanda. Como já abordado anteriormente, a própria construção do objeto do processo, isto é, o recorte da realidade sociológica que é processualizado, é decorrente da interação daqueles que estão envolvidos na relação processual.

Compactação das fases processuais e sumarização da cognição, com redução no sentido da extensão do conflito (perspectiva horizontal), e da compreensão, ou seja, da perspectiva vertical, não é compatível com a resolução integral da demanda.<sup>296</sup>

Sob esse ponto de vista, discorda-se da afirmação de Canela Júnior de que “o Poder Judiciário exerce cognição plena e exauriente das políticas públicas; o provimento jurisdicional comporta todas as soluções adequadas ao realinhamento das políticas públicas, desde que pautado pelo princípio da igualdade substancial”.<sup>297</sup>

A cognição em processos envolvendo políticas públicas deve ser plena, quanto à extensão, abarcando a estrutura organizacional da política pública objeto da demanda, podendo variar entre cognição sumária ou exauriente, conforme a fase do processo, no que se refere à profundidade.

## 2.6.2 Gerenciamento

Igualmente relacionado à tutela processual adequada está o gerenciamento do conflito,<sup>298</sup> que, em síntese, pressupõe a identificação das questões relevantes da

---

<sup>295</sup>WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

<sup>296</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>297</sup>CANELA JR., Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.123.

<sup>298</sup>O gerenciamento trata da ideia de controle do processo judicial e seus procedimentos, com o objetivo de garantir eficiência. Cabral aponta dois focos do gerenciamento, um atrelado aos procedimentos (*conflict*

controvérsia que se pretende solucionar, caminhando no sentido de planejamento dos passos processuais, para que a solução seja a mais adequada, afastando-se da alardeada inefetividade do Poder Judiciário.

Nessa linha, o conceito de gerenciamento apresentado Silva como o “planejamento da condução de demandas judiciais para a mais adequada resolução do conflito, com o menor dispêndio de tempo e de recursos”.<sup>299</sup>

Sintetiza Cabral<sup>300</sup> que a intenção com o gerenciamento é conceder ao juiz poderes para administrar os processos, garantindo maior adaptabilidade e flexibilidade das formalidades, em busca de um processo judicial mais adequado e eficiente. E para tanto, são necessárias técnicas que viabilizem adaptação, minimizando o formalismo e aumentando a margem de flexibilidade.<sup>301</sup>

Em trabalho a respeito da judicialização da política, sob o enfoque da capacidade instrumental para solução desses conflitos, Veríssimo demonstra que a mudança do papel exercido pelo Judiciário e também no processo judicial, reflete no plano do procedimento, apresentando uma proposta para a tradicional crítica instrumental,<sup>302</sup> e especificamente no que se refere às modificações “no modo de ser do processo civil”, que interessam para o objeto do presente trabalho, afirmando que:

---

*management*) e outro relacionado à própria Corte, administração de pessoal, orçamento, estrutura etc. (*court management*). É neste primeiro contexto as referências ao gerenciamento do conflito no presente trabalho. (CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018).

<sup>299</sup>SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e cultura da litigância: a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto de Salles (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.636.

<sup>300</sup>No original: “The overall intention is to grant the judge powers to manage the proceedings, assuring greater adaptability and flexibility of the formalities, which can result in a more suitable and efficient judicial process in step with the calls for effective access to justice.” (CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018).

<sup>301</sup>Afirma Cabral que “We have seen that procedural efficiency imposes a performance guideline in terms of adopting atypical techniques in order to provide the judicial process with an optimal solution. These techniques operate in accordance with various legal doctrines, but have the common goal of providing more flexibility and adaptability.” (CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018).

<sup>302</sup>“A crítica instrumental questiona a capacidade dos órgãos judiciários de lidar com questões políticas, ou mesmo de produzir mudança social ordenada, em vista de suas próprias características institucionais (ou, como prefiro dizer, dos instrumentos de trabalho típicos colocados à disposição dos órgãos judiciários)”. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 86.

flexibilizam-se as regras do procedimento, concentrando poderes de gestão nas mãos do juiz, que passa a desenhar o procedimento de acordo com as necessidades do caso a resolver; segundo, pouco a pouco se flexibiliza o caráter parte-controlado do processo, o que faz com que os termos do conflito, que originalmente eram dados de forma rígida pelo próprio autor em seu ato inicial de comparecimento a juízo (a demanda), paulatinamente passem a ser objeto de redefinição ao longo do processo, não raro com a colaboração e intervenção do próprio órgão judicial; terceiro, flexibilizam-se os mecanismos de prova técnica, que vão deixando de consubstanciar-se em uma opinião dada por um técnico distante do conflito para transformarem-se em mecanismos de informação do magistrado acerca das variáveis técnicas envolvidas na decisão.<sup>303</sup>

Os processos envolvendo políticas públicas exigem uma postura mais ativa do juiz na condução do procedimento, flexibilizando, distribuindo ônus da prova, relativizando limites estanques e rígidos característicos dos processos bilaterais e tradicionais.

O controle de políticas públicas, por meio do processo judicial é limitado pelos próprios princípios que o regem esse processo. Contudo, para exata compreensão desses limites que podemos denominar endo-processuais (porque atuam dentro do campo do processo), é preciso perceber que, além da mudança na forma de adjudicação e no papel do Judiciário, modificam-se também os atos do processo, o que reflete também na postura do próprio juiz.

A própria construção do objeto do processo, como já abordado,<sup>304</sup> não é atividade isolada do autor, notadamente porque este está sempre em situação de assimetria de informação quanto à concepção, implementação e gestão da política pública necessária para concretização do direito social.

Os limites objetivos do processo são estabelecidos, nessa hipótese, não só pelo quanto expresso no pedido exposto na petição inicial, mas também pelo quanto demonstrado pela defesa e alcançado pelo próprio juiz quanto à política pública apontada

---

<sup>303</sup>VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p.192-193.

<sup>304</sup>Ver item 3.2.2.

como insuficiente, incompleta ou inexistente, razão pela qual a congruência entre o pedido e a decisão, muitas vezes, não é exata.

Pertinente a observação de Costa, de que as preclusões “também prejudicam o tratamento integral do conflito, na medida em que impedem a inclusão de novos pedidos e causas de pedir a partir de um determinado momento procedimental”<sup>305</sup>, já que “a contingencialidade e a conseqüente mutabilidade são características desses direitos (sociais) e qualquer alteração na realidade social pode tornar a tutela jurisdicional pleiteada inapta ou ineficaz com o passar do tempo”.<sup>306</sup>

Gabbay e Lucon,<sup>307</sup> sob essa ótica de flexibilização do procedimento, destacam que a precisão do objeto da demanda, pautada na racionalidade na definição do *thema probandum e decidendum*, diante da flexibilidade estipulada pela moldura procedimental menos rígida, pode resultar em otimização da prestação jurisdicional.

Outro ponto, também atrelado à flexibilização do procedimento é a adoção do critério dinâmico de distribuição do ônus da prova, ou seja, a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração e o ônus da prova sob a perspectiva dinâmica refere-se não só à prova das alegações feitas pela parte que detém condições de produzir a prova, mas abrange também a prova das alegações da parte contrária.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é de extrema importância quando se trata de políticas públicas, pois como aponta Vitorelli, já profunda assimetria de informação, “que faz com que o réu entenda a realidade mais que os outros sujeitos processuais e atue diretamente sobre ela com mais frequência, o que lhe permite adotar

---

<sup>305</sup>COSTA, Susana Henriques. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 328.

<sup>306</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 375.

<sup>307</sup>LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do Modelo Processual Rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88-93.

medida que, conquanto pareçam adequadas, não contribuam efetivamente para o resultado esperado”.<sup>308</sup>

Esse é justamente um dos pontos sensíveis do controle judicial de políticas públicas. Mesmo em contexto de ação coletiva, a parte autora, perante o Poder Público, não detém condições técnicas ou informacionais tão aptas a comprovar o contexto em que a política pública se encontra inserida, alargando o campo de atuação probatória que recai sobre a Administração Pública.<sup>309</sup>

Ainda sobre o ônus da prova, adverte Rodrigues que para atingir o escopo social do processo, a coisa julgada deve estar assentada em elementos de convicção mais próximos da realidade histórica conflituosa, o que também depende de um papel mais ativo do juiz para reduzir a desigualdade entre as partes e, portanto, a “prova deixa de ser visto por um instituto ligado ao direito privado (direito alegado pela parte) e passa a ser visto por um caráter público, ou seja, de que a prova é um elemento essencial à entrega de uma tutela jurisdicional justa”.<sup>310</sup>

Tanto a flexibilização do procedimento quanto a distribuição do ônus da prova são fatores diretamente ligados à função do juiz no âmbito desses processos. Coloca, a respeito, Fiss que “parece quase absurdo confiar exclusivamente na iniciativa daqueles indivíduos ou órgãos públicos que vieram a ser denominados autor e réu na ação. O juiz deve assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar a representação adequada”.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 408.

<sup>309</sup>A respeito do assunto aponta Jordão duas consequências das características institucionais do Judiciário “[...] os tribunais forçosamente terão acesso a apenas uma fração da problemática relativa ao setor objeto da atuação da autoridade administrativa. Afinal, nem todas as suas decisões ou medidas serão contestadas judicialmente. A segunda consequência é a de que os tribunais têm atuação limitada pelos pedidos das partes que trouxeram a questão a juízo. [...] A administração, ao contrário, pode atuar de ofício. Esta circunstância lhe permite maior amplitude de ação tanto do ponto de vista cognitivo (de acesso de informações) como do ponto de vista da atuação concreta.” (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 88).

<sup>310</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245-247.

<sup>311</sup>FISS, Owen As formas de Justiça. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 143.

## Síntese

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais está atrelada, na sua origem, à função clássica de tais direitos, assegurando ao seu titular o direito de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual, sendo esta uma das hipóteses da larga escala de utilização de demandas individuais, dentre outras, decorrentes desta dimensão subjetiva, notadamente a imediatidade do atendimento da pretensão e a familiaridade dos operadores do direito com conflitos bilaterais, de lógica adversarial.

Em um diagnóstico do ajuizamento de ações individuais para fins de controle de políticas públicas, as críticas mais frequentes podem ser resumidas nas suas consequências: recorte estreito do conflito, inviabilizando compreensão global da questão, interferência perversa em políticas já existentes, inviabilidade de universalização da política garantida por decisão judicial, gerando desigualdades.

Em contraponto, a ação coletiva, mais especificamente o processo estrutural, é considerado como mais condizente com o controle jurisdicional de políticas públicas, em especial, sob o enfoque da participação e representatividade dos múltiplos interesses envolvidos, além da flexibilização do procedimento.

Contudo, embora a ação coletiva e estrutural seja indicada como ideal, a conclusão dogmática jurídica desse modelo como adequado parece ser insuficiente para resolver os problemas de ordem prática que chegam ao Judiciário, sob a forma de diversas ações individuais sobre políticas públicas, notadamente se considerado que uma decisão estrutural é voltada para o futuro, buscando organizar a própria política pública, evitando e prevenindo novas e futuras demandas, mas sem atender às situações individuais e pretéritas.

Do cotejo entre as críticas às ações individuais e as características do processo estrutural é possível compreender o que se espera, minimamente, do processo de tomada de decisão a respeito de políticas públicas que ocorre no âmbito do Poder Judiciário: consideração da faceta transindividual do direito e da política pública eventualmente já existente, afastando-se da lógica bilateral do processo judicial tradicional. Para tanto, dois pontos centrais, sob a ótica do próprio juiz, para adequação da tutela processual se apresentam como essenciais: a cognição do juízo e o gerenciamento processual.

Para compreensão mínima da política pública objeto do processo, viável a utilização do quadro de Referência de Política Pública proposto por Bucci, sendo imprescindível que a cognição nestas demandas seja plena quanto à estrutura normativa da política pública, ainda que sumária ou exauriente, conforme a fase do processo, quanto à profundidade. Com a mesma importância, o gerenciamento do conflito, com planejamento da condução dos atos processuais para atingir a adequação da tutela.

O grande desafio do diagnóstico apresentado é conciliar, com mecanismos processuais existentes – embora sem descartar eventuais sugestões de *lege ferenda* - os benefícios da imediatidade da demanda individual com as características do processo estrutural, em processo judicial no qual que se amplie a cognição e seja possível o gerenciamento do conflito. Não se defende a completa inadequação da ação individual, ou mesmo da inadmissibilidade de demandas dessa natureza, nem tampouco se apregoa a idealização da demanda coletiva como única forma de controle judicial de políticas públicas, mas sim se busca propor ferramentas processuais que corroborem para a integração do Poder Judiciário como instituição que integra o complexo emaranhado de tomada de decisão sobre políticas públicas.

### **3 TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS: TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO E TÉCNICAS DE JULGAMENTO AGREGADO DE DEMANDAS**

Em que pese as razões já apontadas para persistência da litigância individual, sob diversos enfoques ela é frequentemente, e talvez com razão, apontada como insustentável. Técnicas de tratamento dessa litigância repetitiva devem ser pensadas, especialmente para aprimoramento do sistema de Justiça, de forma que haja uma ampliação da eficácia jurídica e social dos direitos sociais, além de controles informais extraprocessuais que reduza o volume de processos, mas que também tenham efeitos redistributivos sociais, e igualmente conciliem os benefícios gerados aos autores das ações individuais, minimizando os impactos negativos dessa demanda e se aproximando do ideal buscado quando se defende a judicialização através de ações coletivas e litígios estruturais.

A função desempenhada pelo Judiciário - como garantidor de direitos sociais e como um dos responsáveis por efetivá-los - e o ajuizamento de demandas com tal finalidade social estão intrinsecamente ligadas por relação de causalidade, ou seja, esta nova função do Judiciário não ocorre sem o ajuizamento dessas demandas, e a resposta positiva às pretensões é, sem dúvida, um gatilho para o ajuizamento de mais ações. Como demonstrado pelos estudos empíricos, estas são essencialmente individuais e em razão do volume e similitudes, podem ser agrupadas e consideradas repetitivas para utilização de técnicas processuais, não apenas com o objetivo de reduzir o número de processos, mas de tutela adequada do direito objeto da demanda.

Com uma mudança de perspectiva, uma hipótese, seria que, ao invés do planejamento e estratégia partir dos autores, favorecidos diretos pelas demandas, as técnicas processuais como a coletivização e técnicas de julgamento agregado de demandas seriam uma maneira de, a partir das ações já propostas, racionalizar a prestação jurisdicional, tornando as demandas individuais como estratégicas no controle judicial de políticas públicas.

O tratamento conferido às demandas individuais repetitivas é um ponto sensível do acesso à justiça, em razão da repercussão gerada pelo volume de casos e também da existência de outros titulares de pretensões similares que, sem recorrer ao Judiciário, não recebem tratamento isonômico, além pela possibilidade de soluções díspares, indesejável

na tutela de um direito que em abstrato pertence à coletividade e cuja determinação judicial tem reflexos sociais.

Previamente, fundamental esclarecer os elementos que permitem a identificação e a rotulação de determinado conflito como “repetitivo”: a quantidade de ações acerca do mesmo tema, a recorrência de um mesmo litigante em um dos polos da demanda e a similitude fática e jurídica do objeto.

Em texto sobre a congregação de casos, Galanter<sup>312</sup> aduz que o agrupamento ocorre em razão das características, contingências e histórico dos casos serem comuns, e, como esses casos agrupados se transformam conjuntamente ao longo do tempo, há também um futuro comum.

Sob essa ótica de repetitividade, as demandas que têm por fundamento políticas públicas têm em comum a origem do conflito (a não prestação de determinado direito social pelo Estado) e estão sujeitas a contingências muito semelhantes, já que cada caso individual evolui de maneira muito parecida com o anterior, principalmente em razão de precedentes, e, portanto, potencialmente poderiam ser agrupados.

Essas demandas estão igualmente sujeitas aos efeitos apontados por Galanter quando se identifica uma congregação de casos, especificamente aqueles decorrentes da passagem do tempo, que refletem nas mudanças, nos recursos das partes envolvidas, nas informações, na identificação e nos testes das estratégias disponíveis, bem como nas alternativas, tornando os litígios cada vez mais complexos.

A percepção da demanda como repetitiva está inserida na ideia de panprocessualismo, defendida por Caponi,<sup>313</sup> e sob essa ótica, o julgador deve considerar não só o litígio a ser decidido, mas a totalidade de litígios em curso perante o Poder Judiciário.

Nesse mesmo sentido afirma Lopes<sup>314</sup> que na sociedade de massas e de classes, a repetição dos casos individuais semelhantes indica a existência de classes, grupos, conjuntos em que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes. Assim, a

---

<sup>312</sup>GALANTER, Marc. *Case congregations and their careers*. Law & Society Review, v. 24, n. 2, 1990.

<sup>313</sup>CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.192. p.397-415, fev. 2011. Trad. Sérgio Cruz Arenhart.

<sup>314</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 121.

adjudicação em um caso pode ter consequências em muitos outros semelhantes, pondo-se em dúvida se haveria necessidade de um processo judicial completo para cada caso ou se bastaria uma decisão seguida do reconhecimento de casos individuais como participantes da mesma classe.

A similaridade do direito e dos fatos, como conclui Hensler,<sup>315</sup> leva a alguma forma de tratamento coletivo, através de ações coletivas ou outras formas de tratamento coletivo, mas que, de alguma maneira, preserve a tutela individualizada. São exemplos o processamento rápido de ações individuais de acordo com um protocolo específico, os procedimentos para litígios de grupo ou mesmo o gerenciamento *ad hoc* de alguns aspectos do litígio que podem ser equacionados de forma coletiva.

Segundo Cabral,<sup>316</sup> diferentes técnicas, recentemente, têm prosperado e caminham no sentido de gerenciamento de casos múltiplos, direcionada à uma visão macro, para permitir agregar casos em que há a mesma discussão de fato ou de direito, através de técnicas de consolidação ou centralização.<sup>317</sup>

---

<sup>315</sup>HENSLER, Debra R. The global landscape of collective litigation. In: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (coord.). *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*. Cheltenham Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 4-6.

<sup>316</sup>“In recent times, adjudication mechanisms of jurisdictional nature (applicable by a judge within judicial proceedings) are beginning to flourish and develop to enable the management of many procedures at once. Examples include the standard-solution procedures and proceedings for the resolution in bloc of multiple claims on the same issue of fact or law, such as test claims, model proceedings, pilot-judgements, etc. Through the use of these techniques, case management is targeted from a macroprocedural view, in what could be called multiple-cases management. [...] Another group of techniques that has been conceived to manage the court system refers to the loosening of the rules governing jurisdiction to aggregate cases in which discussed the same issues of law or fact. We can see the rise of mechanisms for the consolidation and centralization of individual proceedings, even after the definition of the jurisdiction of each one of them, that is, regardless of the perpetuatio iurisdictionis.” (CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018).

<sup>317</sup>No direito inglês, o “*Group Litigation Order*” (GLO) permite que demandas semelhantes, mas não necessariamente idênticas, tenham tramitação conjunta. Sobre o mecanismo previsto no ordenamento inglês: OLIVEIRA, Thais Hirata de. Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 162/169. O “*aggregate litigation*” do Direito Norte Americano é outro desses instrumentos, por meio do qual, fundamentalmente, se viabiliza a reunião de causas semelhantes, em que se discuta uma ou mais questões comuns de fato, para preparação e instrução, ainda que parcial, conjunta, com posterior julgamento separado (“*coordination*”) ou em conjunto (“*consolidation*”) (“United States Code, part. 28, par. 1407”). Sobre as técnicas norte americanas de agrupamento: CASTELLO, Juliana Justo B. Litigância de Massa: Ações Coletivas e Técnicas de Agregação (Estudo Comparado ao Sistema Jurídico Estadunidense). 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 97/130. Também em Portugal, por exemplo, o Regime Processual Experimental, criado pelo Decreto-Lei 108/2006 pautado em três temas centrais – flexibilização, simplificação e gestão, permite a agregação, com a possibilidade de um ato processual praticado ser aproveitado em diferentes processos em que há questões fática ou jurídicas comuns, além do impor o dever do juiz realizar a gestão processual. (PORTUGAL.

Essas técnicas, que buscam viabilizar a tramitação conjunta ou a reunião, ainda que em parte ou para alguns atos do processo, ou mesmo para julgamento unificado quanto às questões comuns, possibilitam a consideração coletivizada do litígio, permitindo justamente que o foco da cognição não permaneça na individualidade, mas no que compõe o grupo, ou seja, com maior enfoque na própria política pública questionada e não só no indivíduo que reclama seu direito.

A utilização de mecanismos tais como as técnicas de coletivização e de aglutinação/agregação de demanda permite universalizar a tutela quando o pedido de determinada ação individual beneficia uma classe/grupo de pessoas, minimizando os impactos da individualização.<sup>318</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro traz alguns desses mecanismos para solucionar o dilema da sobrecarga de processos e da litigância repetitiva, diante das limitações de recursos do Judiciário: os institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos, súmulas vinculantes, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, além da possibilidade de o juiz oficiar aos legitimados para que proponham ação coletiva (artigo 139, X do Código de Processo Civil).

O liame existente entre as demandas individuais repetitivas e as ações coletivas fica ainda mais claro na previsão do artigo 139, X do Código de Processo Civil, ao afirmar que incumbe ao juiz “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

O projeto de Lei 8.058/2014, para os processos para controle jurisdicional de políticas públicas, prevê tanto técnicas de coletivização quanto técnicas de agregação de demandas individuais.

---

Decreto-Lei 108/2006. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/346122/details/maximized>>. Sobre o mecanismo previsto no ordenamento português: Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 189/194.

<sup>318</sup>COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 373.

O artigo 30 autoriza a conversão da ação individual em coletiva em duas hipóteses: ação individual tenha efeitos coletivos ou tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relacionados a uma relação jurídica plurilateral.

No que se refere à conversão da ação individual em ação coletiva, necessária contudo, uma ressalva. Seguindo o pensamento de Grinover, esta técnica de conversão não teria por objeto situação dos “casos repetitivos”, mas sim seria exclusivamente destinada às ações individuais com efeitos coletivos ou ações pseudoindividuais. Isso porque, a princípio, o processo coletivo, no sentido já apresentado, voltado para tutela de interesses metaindividuais, não equacionaria conflitos de massa. Defende Grinover que demandas puramente individuais, quando repetitivas, podem ser coletivizadas em única ação coletiva em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, “mas, se se tratar de uma ação individual com efeitos coletivos ou de uma ação pseudoindividual, por sua própria natureza deveria ela ser convertida em ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos”.<sup>319</sup>

Entretanto, sem afastar a importância da discussão, esta fica prejudicada diante da pertinente crítica de Costa, de que “o artigo 30 será aplicável a todo processo individual que verse sobre direito social, já que, como visto, a universalidade (e a necessidade de tratamento isonômico) é característica intrínseca e fundamental desses direitos”.<sup>320</sup>

Não significa, contudo, afastar a utilização do processo coletivo. As ações coletivas também podem ser consideradas como uma solução possível para a litigiosidade repetitiva, inclusive, com o enfoque na ampliação do acesso à justiça.<sup>321</sup>

Além da possibilidade de coletivização, igualmente relevante são as técnicas que permitem agrupar as demandas individuais, em um sistema paralelo,<sup>322</sup> cuja finalidade

---

<sup>319</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei n. 8.058/2014 – proposta gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 631.

<sup>320</sup>COSTA, Susana Henriques da. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 410.

<sup>321</sup>Nesse sentido afirma Refosco que “a ação coletiva desponta como solução possível para litigiosidade repetitiva, acenando com a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura – enfim, com a possibilidade de ampliação efetiva do acesso à justiça”. REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso. estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2017, p. 103.

alcança tanto equacionar a questão do volume de processos quanto a garantia da segurança jurídica e isonomia.

Não se confundem as técnicas processuais de coletivização com o julgamento de casos repetitivos. Embora haja um ponto de sobreposição entre ambas, como defende Roque<sup>323</sup>, no que se refere aos direitos individuais homogêneos com pretensões individuais significativas.

Uma primeira observação, com relação às técnicas voltadas à litigância repetitiva, é a advertência de que o objetivo principal do Judiciário não deve ser reduzir a todo custo o volume de demandas,<sup>324</sup> mas sim resolver adequadamente os conflitos, evitando soluções díspares, não equânimes, e possivelmente, de forma reflexa, reduzir o volume de ações individuais.

Nesse sentido Nunes afirma que “o problema das demandas repetitivas não é somente numérico, eis que o Processo Civil viabiliza a obtenção de direitos fundamentais, muitas vezes não ofertados pela Administração Pública com políticas idôneas de inclusão”,<sup>325</sup> não se trata, então, de mera questão numérica e atrelada à produtividade.

Conquanto não se ignore a existência e a utilidade de outras técnicas processuais,<sup>326</sup> com uma menção muito breve ao Incidente de Resolução de Demandas

---

<sup>322</sup>Há doutrinadores, como Didier Jr e Zaneti Jr. que defendem que o incidente de julgamento de casos repetitivos está inserido no contexto do processo coletivo, como instrumento da tutela coletiva de direitos. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n.256, p. 209-218, jun.2016.

<sup>323</sup>ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER Jr., Fredie ; CUNHA, L. J. C. (Org.) . *Grandes Temas do novo CPC - Julgamento de casos repetitivos*. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. v. 10. p. 32.

<sup>324</sup>Essa é uma indicação de Cabral a respeito dessas técnicas para gerenciamento de múltiplos conflitos, que ao contrário das ações coletivas, que contavam com um sentido de empoderamento, são meros instrumentos de gestão, frequentemente com objetivo de reduzir e abreviar. No original: “In fact, during the 20th century, the emergence of class actions and similar types of collective redress was seen as an empowerment mechanism of associations and institutions to seek judicial protection for collective rights. However, the more recent forms of aggregation of claims are clearly seen as a management instrument and often have the sole goal of expediting pending procedures.” (CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018).

<sup>325</sup>NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 40-82, set.2011.

<sup>326</sup>Diversas são as propostas da doutrina para a adequação do controle jurisdicional, optando-se pela análise de apenas uma delas em maior profundidade nesse trabalho. Sabino ao apresentar remédios para a intervenção do Judiciário sugere a coletivização, a utilização de caso piloto em demandas repetitivas, a expansão coletiva da decisão proferida em ação individual, mudanças na formação jurídica, especialização

Repetitivas,<sup>327</sup> em razão de o tema políticas públicas ter se feito presente nos incidentes admitidos e julgados na Justiça Estadual, pretende-se examinar, em particular e com mais profundidade, a Ação Coletiva para Defesa de Direitos Individuais Homogêneos (ACIH).

Pretende-se aferir se é instrumento apto a minimizar as distorções decorrentes da individualização da demanda relacionada a políticas públicas, assegurando previsibilidade, segurança jurídica e igualdade, sem afastar completamente os reclamos de imediatidade da tutela jurisdicional, e ainda, reduzindo o volume de demandas ajuizadas e, conseqüentemente viabilizando o papel do Judiciário na implementação e correção de políticas públicas.

### 3.1 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – BREVE ANÁLISE

A previsão legal do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigos 976 e seguintes do Código de Processo Civil) preconiza que, uma vez identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, cabe ao juiz ou ao relator, de ofício, ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou às partes, requerer a instauração do Incidente perante o Tribunal, com conseqüente suspensão dos feitos nos quais o mesmo debate tenha sido instalado, a fim de que a solução obtida no incidente, relativamente ao aspecto uniforme do litígio, uma vez emitida pelo Tribunal, seja aplicada aos demais casos análogos.

---

dos magistrados, criação de bancos de dados e informações, dentre outras. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 250-396.

<sup>327</sup>Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ver, dentre outros: GUIMARÃES, Amanda de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: soluções e limites*. 2017. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017; OLIVEIRA, Fernando Antônio. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: contexto, teoria e aplicação*. 2018. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018; OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo Código de Processo Civil: o incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; OLIVEIRA, Thaís Hirata de. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. *O problema da litigiosidade de massa: uma análise crítica acerca das técnicas que conferem repercussão coletiva ao julgamento de demandas individuais*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2. ed., 2017.

Um dos pontos positivos, tendo em vista a relevância e o interesse público envolvido na formação do precedente em sede de IRDR, é a ampliação da cognição e da participação no debate para decisão do incidente, inclusive com a oitiva de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (artigo 983 do Código de Processo Civil), na qualidade de *amici curiae* e ainda a possibilidade de designar audiências públicas (artigo 983, §1º do Código de Processo Civil).

Ao propor a utilização do caso piloto em demandas repetitivas como remédio para intervenção do Judiciário em políticas públicas no âmbito da saúde – mas que pode ser estendido para outras políticas públicas - Sabino ressalta que, com a eleição de um caso piloto, nesse feito

seriam discutidas todas as questões que o juiz e as partes têm que enfrentar quando se fala na dispensação judicial da saúde: a reserva do possível, a análise do mínimo existencial e da razoabilidade, a verificação das ações tomadas, já a propósito, pela Administração. A prova seria toda produzida nesta sede. Poderiam ocorrer debates públicos, inclusive quanto às necessidades da população *versus* a questão orçamentaria, tudo em um único processo de cuja decisão se aproveitariam ou prejudicariam os demais feitos.<sup>328</sup>

Para a confirmação da hipótese da potencial adequação dessa forma de tutela processual, passa-se ao estudo de casos práticos. A análise dos casos práticos, de maneira a conferir racionalidade, será pautada por dois critérios: cognição ampliada, com consideração da plurilateralidade e atendimento mais imediato à pretensão.

Esses critérios se justificam porque sintetizam a linha de raciocínio que guiaram o presente de trabalho: a demanda individual atende aos reclamos da imediatidade da solução e o processo estrutural se aprofunda nas nuances da política pública e dos múltiplos interesses envolvidos. As técnicas processuais voltadas à tutela coletiva de direitos individuais, seja por meio de ação coletiva, seja através de técnicas de agregação, deveriam conciliar ambos os aspectos.

---

<sup>328</sup>SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 281-282.

### 3.1.1 IRDR – Dois julgamentos sobre políticas públicas

O IRDR julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da necessidade ou não de ser comprovada a carência de recursos financeiros do cidadão que reclama medicamentos ou procedimentos ao Sistema Único de Saúde (SUS), teve como origem uma ação individual que pretendia o fornecimento de determinados medicamentos pelo Município e pelo Estado. O incidente foi admitido em 11 de maio de 2016, e instaurado a pedido de relator da apelação e os processos pendentes sobre o tema (individuais ou coletivos) foram suspensos. O julgamento ocorreu em 10 de novembro de 2016. Não houve recurso, sobrevindo o trânsito em julgado, em 26 de abril de 2017.

No julgamento, foi firmada a segunda tese: “1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível”.<sup>329</sup>

Foram oficiadas para manifestação: Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina

---

<sup>329</sup> No julgamento do IRDR pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, transitado em julgado em 26/04/2017, BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Grupo de Câmaras de Direito Público, dez./2016. Disponível em <[https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83](https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuiidCaptcha=sajcaptcha_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83)>

(OAB/SC); Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon de Santa Catarina; Federação Catarinense de Municípios – FECAM; Associação Catarinense de Medicina (ACM); Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco; Associação de Defesa dos Usuários de Seguro, Planos e Sistema de Saúde – Aduseps; Rede Humaniza SUS – RHS; Associação dos Usuários do Sistema Único de Saúde– ASSUS.

Não houve audiência pública, sob o argumento de se tratar de discussão de natureza eminentemente jurídica e de tema urgente de resolução.

O argumento relevante de defesa apresentado pelo Estado era a ausência de interesse de agir quanto aos medicamentos disponibilizados pelo Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica e a impossibilidade de fornecimento de medicação distinta da padronizada nos programas oficiais, se houvesse alternativa terapêutica disponibilizada pelo SUS, além da exigência de comprovação da hipossuficiência do beneficiado com a medida, que passou a ser o tema central do incidente.

Da leitura do Acórdão, destaca-se na fundamentação a menção às informações orçamentárias da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina para atendimentos de ordens judiciais<sup>330</sup> e a distinção da hipótese em que o objeto da demanda é apenas a gestão da política pública (fornecimento de medicamentos já incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS) e da hipótese em que as demandas relacionadas à concepção ou implementação de políticas públicas (fornecimento de insumos não padronizados pelo SUS).

Em sendo essa segunda hipótese -de ausência de política pública- avança a decisão, ainda, em outra distinção: se inexistente política pública e essa se refere aos ditames

---

<sup>330</sup>“Referido documento demonstra que, somente no ano de 2015, foram gastos mais de cento e cinquenta milhões de reais para atender pouco mais de trinta mil pacientes em razão de medidas judiciais, com um custo médio de cinco mil reais por pessoa. Extrai-se também dos gastos públicos referentes ao ano de 2014– pouco mais do que cento e cinquenta e seis milhões de reais para o cumprimento das ordens judiciais em favor de pouco mais do que vinte e seis mil pacientes – que tal montante seria suficiente para manter dois dos Hospitais sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde (Celso Ramos e Nereu Ramos), por quase um ano, viabilizando o atendimento de quase cento e noventa e cinco mil pessoas. Ainda, a quantia destinada aos vinte e seis mil chamados pacientes judiciais em 2014 asseguraria, por dois meses, a manutenção de todos os treze hospitais administrados diretamente pela Secretaria da Saúde, beneficiando mais de cento e setenta mil pessoas.” BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Grupo de Câmaras de Direito Público, dez./2016. p.11/12. Disponível em <[https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83](https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83)>

básicos de cuidados à saúde, relacionada ao mínimo existencial; ou se a discussão está centrada na disponibilização pelo Poder Público de droga diversa da perseguida judicialmente ou a ausência de política decorre de se tratar de fármaco experimental ou de custo exorbitante.<sup>331</sup>

Apenas para essa última hipótese entendeu-se ser necessária a demonstração de hipossuficiência financeira, além da comprovação da ausência ou ineficiência da política pública e da prova da necessidade do medicamento.

Na declaração de voto de um dos integrantes da turma julgadora (Ricardo Roesler), com a retomada dos dados orçamentários, questiona o desembargador a interpretação dessas informações sobre gastos com atendimento de decisões judiciais, argumentando que “a realidade que espreita a discussão é bem mais rude, e passa por um ajuste que, infelizmente, não estamos aptos nem por vocação institucional, nem por qualificação técnica a reger. Na prática somos chamados a equacionar um litígio cuja fórmula nos escapa essencialmente à compreensão”.<sup>332</sup>

Sob o enfoque dos dois critérios escolhidos e da leitura exclusiva do Acórdão (e não da íntegra dos autos), embora o objeto do Incidente fosse amplo a alcançar todas as demandas relacionadas ao fornecimento de medicamento ou terapia, a cognição fora ampla no sentido da participação de mais interessados, além do autor e réu da demanda original.

A plurilateralidade do conflito e a faceta coletiva do direito em discussão foram consideradas, tanto que destacada a necessidade de não se confundir demandas envolvendo concepção e implementação de política pública com demandas associadas à simples gestão

---

<sup>331</sup>“Quando o remédio ou procedimento postulado refere-se à enfermidade para a qual inexistente política pública, permitindo-se aferir que tal omissão atinge a dignidade da pessoa humana, na medida em que condiz com os ditames básicos de cuidados à saúde, estar-se-á diante de pretensão condizente com a noção de mínimo existencial. Ao contrário, quando houver política pública disponibilizando droga diversa da perseguida judicialmente, ou a ausência de política se der em razão de se tratar de fármaco experimental ou de custo exorbitante, há que se aprofundar a análise. Isso porque a decisão judicial estará influenciando diretamente na seara da Administração, de modo a, obrigatoriamente, ter-se que ponderar as consequências práticas do comando emanado pela autoridade judiciária, devendo-se, pois, sopesar a pretensão com o princípio da reserva do possível” BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Grupo de Câmaras de Direito Público, dez./2016. p.19/20. Disponível em:

<[https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83](https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83)>

<sup>332</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Grupo de Câmaras de Direito Público, dez./2016. p. 39/40. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83](https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha_b47b5f89d05645d3859e3a175f428da8#?cdDocumento=83)>

da política voltada ao direito a saúde, com o fornecimento de medicamentos já incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS.

A tese fixada no Incidente exige, para sua aplicação, que no julgamento dos processos afetos se identifique o quadro básico da política pública atrelado ao direito social e ao fornecimento postulado. É preciso primeiro verificar se o que se busca através da ação judicial já consta do rol do SUS ou a pretensão está relacionada à própria concepção e implementação de uma política pública. Essa definição exige um esforço cognitivo e quebra o padrão linear de argumentação, pautada na previsão abstrata de garantia constitucional do direito à saúde.

Se o medicamento pretendido já estiver abarcado em política pública vigente, fixou-se no julgamento a orientação no sentido da desnecessidade em avançar na discussão ou exigir aprofundamento, estabelecendo como requisito apenas a demonstração da necessidade do fármaco pleiteado e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico, além da demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa. E sob esse aspecto, foi igualmente considerada a imediatidade que o atendimento do indivíduo beneficiário da política pública reclamada.

Quanto ao segundo tópico do julgamento, voltado para as demandas em que se busca a efetiva modificação da política pública e que têm por objeto o fornecimento de insumos (medicamentos ou tratamentos) não padronizados pelo SUS - referindo-se à concepção e implementação de uma política pública - não se identifica significativo avanço quanto à cognição e a consideração da plurilateralidade do direito.

Do Acórdão não é possível concluir que houve uma detida análise da organização normativa das políticas públicas de saúde no estado de Santa Catarina, ou seja, dos mecanismos e critérios utilizados para incorporação de novos insumos e das razões, de ordem políticas ou orçamentárias, para a inexistência ou insuficiência da política pública reclamada. O voto tem construção essencialmente teórica dogmática, passando da interpretação da previsão constitucional do direito à saúde ao conceito de mínimo existencial, sem, contudo, avançar no âmbito estrutural da política pública.

Ainda que o IRDR seja limitado a questões unicamente de direito, a exata compreensão da política pública de saúde, no caso a voltada para o fornecimento de medicamentos e terapias, não pode ser considerada questão de fato.

Conquanto a tentativa de fixar balizas para o julgamento dessas demandas, exigindo a demonstração de hipossuficiência financeira e a prova da necessidade do medicamento por prova pericial, além de impor diferença de solução se o pedido está voltado ao mínimo existencial ou ao máximo desejável, sob a perspectiva defendida neste trabalho a respeito da cognição em demandas envolvendo políticas públicas (item 2.6.1), o julgamento do IRDR pouco progresso apresenta, embora a decisão siga atendendo aos reclamos de imediatidade.

Outro IRDR relacionado ao tema de políticas públicas foi o julgado pelo TJDFT, embora concernente a aspecto essencialmente processual. O tema do Incidente era a competência do Juizado da Fazenda Pública<sup>333</sup> para demandas a respeito de internação em UTI ou fornecimento de medicamentos.

O incidente teve origem em recurso de agravo de instrumento interposto por uma parte, representada pela Defensoria Pública, em demanda individual. Instaurado a pedido da agravante, foi admitido em 19 de setembro de 2016, determinando-se a suspensão dos processos pendentes sobre o tema. Não houve manifestação de terceiros, apenas da Defensoria Pública, do Ministério Público e do Distrito Federal.

O julgamento ocorreu em 29 de maio de 2017. Foram opostos Embargos de Declaração, rejeitados. Interposto Recurso Especial pela autora, representada pela Defensoria Pública. Trânsito em julgado em 20 de agosto de 2018.

A seguinte tese foi fixada: “a) Nos casos que envolvam pedido de internação em leito de UTI ou fornecimento de medicamento, eventual incapacidade temporária daquele que esteja acometido de alguma patologia, não afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública; b) As ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde não encerram, por si só, complexidade apta a afastar a competência do Juizado Especial Fazendário, ressalvada a necessidade de produção de prova complexa a atrair a competência do Juízo de Fazenda Pública; c) Considerando que as ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde, inclusive o tratamento mediante

---

<sup>333</sup>Com fundamento no artigo 23 da Lei 12.153/09, o TJDFT editou a Resolução no 7, de 2010, que afastava da competência dos Juizados Especiais ações que tenham por objeto prestação de serviço de saúde e fornecimento de medicamentos. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0026387-27.2016.8.07.0000, Grupo de Câmaras de Direito Público, jun/2017. Disponível em <<http://cache.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTRA&CDNUPROC=20160020245629IDR>>

internação, encartam pedido cominatório, o valor da causa, fixado de forma estimativa, é irrelevante para fins de definição da competência”.<sup>334</sup>

Os argumentos para a definição da competência, em síntese, eram a incapacidade temporária da parte, o valor da causa e a consideração sobre a complexidade dos processos.

Concentrando-se neste último, diretamente relacionado com o aspecto da cognição, afirmou-se na decisão que “sob a ótica da questão de direito, a princípio, não se trata de questão de grande complexidade, já que é nítido o direito do cidadão brasileiro aos serviços públicos de saúde”.

Tampouco haveria complexidade em relação à questão fática ou probatória, uma vez que “em regra, a matéria é simples de ser comprovada, já que, na maioria das ações, basta à juntada, pela parte postulante, na petição inicial do laudo do médico indicando o tratamento ou o fornecimento do medicamento, para que o juiz reste convencido da necessidade do tratamento e dê procedência ao pedido, não havendo dilação probatória robusta”.

Esta era argumentação apresentada pelo próprio Distrito Federal - e dissonante do defendida pela requerente (representada pela Defensoria Pública) e pelo Ministério Público – e que foi acolhida como tese do Incidente, mantendo a competência dos Juizados, embora com a ressalva de eventual declínio da competência em razão de particularidades do caso concreto.

Sob o enfoque dos dois critérios escolhidos e da leitura exclusiva do Acórdão, conquanto a decisão se referisse exclusivamente à questão processual, para definição de competência de órgão julgador, sintomáticos os argumentos utilizados no julgamento, e que refletem de modo direto na cognição a ser exercida nas demandas pertinentes ao tema do IRDR.

---

<sup>334</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Incidente de Resolução Demandas Repetitiva nº 0026387-27.2016.8.07.0000, Grupo de Câmaras de Direito Público, jun/2017. Disponível em : <<http://cache.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTRA&CDNUPROC=20160020245629IDR>> e <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

A organização normativa, a faceta coletiva e a plurilateralidade do conflito são de pronto afastadas ao se fixar como tese que as ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde não encerram, por si só, complexidade.

Sem adentrar no mérito da questão sobre a competência dos Juizados Especiais, restringindo-se aos critérios escolhidos como guia, o IRDR em questão prioriza a imediatidade do atendimento da pretensão individual, já que o procedimento dos Juizados, por essência, seriam mais céleres (embora na prática possam não o ser), afastando-se da necessidade de cognição ampliada e da consideração do caráter plurilateral quando o tema envolve políticas públicas.

### 3.2 AÇÃO COLETIVA PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos também é um instrumento processual para fazer frente ao volume excessivo de demandas. Não obstante originalmente as ações coletivas estivessem direcionados para temas específicos, como por exemplo, as relações de consumo, como aponta Arenhart, “a partir da metade dos anos 80, porém, notou-se que o instrumento poderia ainda desenvolver outro papel, colaborando para eliminar do âmbito jurisdicional o excesso de demandas assemelhadas, para qualquer tipo de situação conflituosa em que os elementos do litígio fossem correlatos”.<sup>335</sup>

Partindo da premissa da possibilidade de o direito social ser tutelado individualmente, indicadas as possíveis razões para o ajuizamento individual e os apontamentos doutrinários de que a tutela coletiva seria mais adequada, o mecanismo da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos é uma das técnicas que poderia contribuir para tutela adequada dos direitos sociais, conciliando a imediatidade, decorrente de serem os titulares determinados, evitando a reiteração e repetição de demandas individuais e viabilizando a cognição ampliada, para consideração da faceta coletiva dos direitos sociais.

Além disso, como leciona Marinoni, uma ação coletiva única para tutela de direitos individuais, “além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes, e neutraliza as vantagens do litigante, que, não fosse

---

<sup>335</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

a ação única, se transformaria em habitual, e assim teria vantagens sobre o litigante eventual”.<sup>336</sup>

A utilização de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito de políticas públicas tem sido ressaltada pela doutrina. Abramovich e Courtis<sup>337</sup> sustentam que, se a violação de direitos sociais afeta um grupo generalizado de pessoas, resta configurado o que se denomina direitos individuais homogêneos.

De igual maneira, o controle judicial de políticas públicas é apontado por Arenhart como uma das hipóteses em que se impõe a tutela coletiva de interesses individuais, afirmando que

ainda que se trate de demanda individual que, ao menos em tese, poderia ser levada por cada um dos interessados em juízo, é certo que a sua satisfação pode importar consequências relevantes para o interesse de outros sujeitos, que também podem pretender o mesmo benefício. Em tais casos, para se evitar situação de esgotamento dos recursos, os casos individuais devem ser tratados coletivamente.<sup>338</sup>

### 3.2.1 Direitos Individuais Homogêneos

Necessário, primeiramente, analisar o que se compreender por direitos individuais homogêneos, para então aferir sua possível adequação para o controle de políticas públicas.

Na expressão multicitada na doutrina de Barbosa Moreira,<sup>339</sup> os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, cuja tutela jurisdicional pode ser realizada de forma coletiva por opção de política legislativa, em contraponto aos interesses

---

<sup>336</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.101.

<sup>337</sup>“El incumplimiento del Estado puede reformular-se, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, em lugar de en forma genérica. [...] La habilidad del planteo radicarà en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho processual contemporáneo de derechos o intereses individuales homogêneos, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una senal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones em matérias relevantes de política pública”. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.p. 43.

<sup>338</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 225.

<sup>339</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos*. In: Temas de direito processual (Terceira Série), São Paulo, Saraiva, 1984.

essencialmente coletivos. São direitos originalmente nascidos em consequência da própria lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo).

Contudo, como adverte Watanabe,<sup>340</sup> os direitos individuais homogêneos, tal como estabelecidos no ordenamento brasileiro, embora devam ter origem comum, esta não significa unidade factual e temporal. Comum é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva.

Não há, propriamente, uma limitação quanto à composição interna dos vários interesses individuais envolvidos,<sup>341</sup> bastando a origem comum, sendo o indicativo da adequação do processo coletivo, tal como ocorre na "*class action*" norte americana, a prevalência das questões comuns (de direito ou de fato) e a superioridade da resposta coletiva.

O que tradicionalmente diferencia a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos de outras ações coletivas é que os titulares são determinados ou determináveis e o objeto da pretensão é divisível. Nas palavras de Watanabe “essa determinabilidade se traduz em determinação efetiva no momento em que cada prejudicado exercita seu direito, seja por meio de demanda individual, seja por meio da habilitação por ocasião da liquidação de sentença”.<sup>342</sup>

Embora essa clássica conceituação e a definição legal do artigo 81, III do Código de Defesa do Consumidor, não há unanimidade na própria definição do que são direitos individuais homogêneos.<sup>343</sup>

As duas vertentes são sintetizadas por Osna:<sup>344</sup> de um lado, aqueles que defendem que uma visão puramente processual e de outro lado, aqueles que defendem uma visão

---

<sup>340</sup>WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011.

<sup>341</sup>SALLES, Carlos Alberto de; COSTA, Susana Henriques da. *Processos Coletivos e controle judicial de políticas públicas: homenagem a Professora Ada Pellegrini Grinover*. No prelo.

<sup>342</sup>WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011.

<sup>343</sup>Há semelhante discussão no âmbito das class actions norte americanas. “There are two dominant views of the class action’s structure and two dominant views of the class action lawyer. Some see the class action as an aggregation of individuals, a complex joinder device and nothing more. Others view the class action as transforming the class members into an entity. (LAHAV, Alexandra D. *Two Views of Class Action*. In: *Fordham Law Review*. n.79. New York: Fordham University, 2011. p.1939.)

<sup>344</sup>OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2013.

material dos direitos individuais homogêneos, concebendo-os como categoria autônoma e os equiparando aos interesses metaindividuais.

A primeira vertente defende que os direitos individuais homogêneos são mera técnica processual, constituindo opção procedimental para manejar direitos eminentemente individuais.

Nessa primeira corrente, defende Zavascki<sup>345</sup> que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, e que a homogeneidade apenas indica a ligação entre os direitos subjetivos individuais, com a possibilidade de defesa coletiva, em caráter instrumental e estratégico para tutela mais efetiva.

Nessa diretriz, os direitos individuais homogêneos, conformam uma relação entre direitos subjetivos de titulares individuais que possuem elementos comuns (núcleos de homogeneidade) e elementos peculiares que os distingam uns dos outros (margens de heterogeneidade).

Rebatendo essa visão, Didier e Zaneti argumentam que a tutela ultrapassa os direitos individuais e alcança a coletividade, sendo “direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral”.<sup>346</sup>

Para essa segunda vertente, os direitos individuais homogêneos foram criados “para tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão da sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes” e, portanto, “não são meros litisconsórcios multitudinário; revelam-se, antes, como espécie de tutela molecular dos ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela”.<sup>347 348</sup>

---

<sup>345</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>346</sup>DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 10. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.p. 76.

<sup>347</sup>DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 10. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.p. 71/73.

<sup>348</sup>No mesmo sentido: “Chega-se, por fim, aos chamados interesses individuais homogêneos, como decorrentes de uma origem comum. Assim como o interesse difuso, o individual homogêneo também tem origem em circunstância fática comum. A diferença reside na divisibilidade da lesão e, pois, na determinabilidade do titular do direito ofendido, derivada de uma origem comum, portanto, de um fato anterior e causador da lesão aos interesses individuais. Em verdade, representa um feixe de interesses individuais, mas a forma pela qual são exercidos é coletiva. Não se trata de litisconsórcio (pluralidade

Nesse sentido, Araújo Filho

uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão se legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.<sup>349</sup>

Se a compreensão sobre a própria titularidade dos direitos sociais adotada como pressuposto neste trabalho é de que as dimensões individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, coerente adotar e tomar como proposição a corrente que defende uma visão material dos direitos individuais homogêneos.

Adotando a primeira corrente, que defende a coletivização com um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo, bem como evitar sobrecarga de processos repetitivos e decisões díspares, a tutela continua sendo referente ao interesse individual de cada um dos beneficiários da política pública. A tutela pela via da ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos meramente com enfoque instrumental, isto é, como se tratasse de um litisconsórcio mantém os efeitos deletérios das ações individuais já apontados, sem qualquer contribuição para aprimoramento da prestação jurisdicional.

Contudo, se adotada a segunda vertente, a pretensão ultrapassa o interesse individual e alcança o interesse coletivo genérico, e também o interesse social de adequação da política pública, sem perder de vista o atendimento dos beneficiários individualmente identificados.

A tutela coletiva de direitos individuais não equivale a mera soma de um número expressivo de ações individuais. Não se alcançará o mesmo resultado. A tutela coletiva de direitos individuais permite enxergar o indivíduo inserido na coletividade, e

---

subjativa de demandas), mas de uma demanda única (a coletiva)”. (SHIMURA, Sergio Seiji. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 30).

<sup>349</sup>ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

potencialmente viabilizaria uma melhor compreensão do controle judicial da política pública.

Essa é, portanto, a concepção adotada no presente trabalho, já que os direitos sociais e suas correspondentes políticas públicas, que são objeto do processo judicial, são individuais, mas sempre inseridos em contexto coletivo e tal conformação do direito material reflete também na conformação processual dos direitos individuais de alcance coletivo,<sup>350</sup> como direitos subjetivos complexos. Essa é expressão apresentada por Pinho, para quem o direito individual homogêneo “é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão”.<sup>351</sup>

### 3.2.1.1 Litígios de difusão irradiada – contribuições da classificação

Em crítica à classificação dos conflitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, Vitorelli<sup>352</sup> propõe uma nova classificação, a partir da conflituosidade (uniformidade da posição dos membros do grupo) e da complexidade. Embora este trabalho adote, em linhas gerais, a classificação do Código de Defesa do Consumidor, a nova classificação proposta pode trazer ganhos para elucidação da técnica processual, como adequada para conflitos envolvendo políticas públicas.

Os litígios podem ser de difusão global, local ou irradiada. Em síntese, de difusão global são os de conflituosidade e complexidade baixa; os de difusão local são de conflituosidade e complexidade média (há poucas divergências internas entre os membros do grupo).

Já os litígios de difusão irradiada são marcados pela alta conflituosidade e complexidade, já que “o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade,

---

<sup>350</sup>Essa é a denominação adotada por Castello para referir-se às situações de plurissubjetividade, defendendo que justamente para esses casos é que devem ser pensadas as técnicas de agregação processual. CASTELLO, Juliana Justo B. *Litigância de Massa: Ações Coletivas e Técnicas de Agregação (Estudo Comparado ao Sistema Jurídico Estadunidense)*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 173.

<sup>351</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.33.

<sup>352</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.88.

não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio”.<sup>353</sup>

O controle de políticas públicas envolve uma multiplicidade de interesses que ultrapassa o interesse do autor, que busca a concretização de determinado direito social, e o interesse do réu, Poder Público, que por princípio, não pode defender um interesse absolutamente de contraposto ao do autor, pois, do contrário, haveria uma contrariedade ao interesse público, em seu sentido atrelado ao exercício da função pública. Há ainda um interesse, que, para fins de distinção, pode ser denominado interesse social, que está relacionado ao interesse dos demais cidadãos na escolha trágica que deve ser feita na eleição de prioridades no estabelecimento de políticas públicas e concretização de direitos sociais, uma vez que incontestável a impossibilidade de atender todos, em toda a sua extensão, evidenciando o afastamento desses conflitos da bilateralidade própria do processo tradicional.

Da natureza universal dos direitos sociais e das políticas públicas decorre a necessidade que as demandas para o controle judicial de políticas públicas sempre considerem o aspecto coletivo inerentes ao tema, e a tutela processual, na forma que se denomina acidentalmente coletivo (tutela coletiva de interesses individuais), pode se mostrar apta para tanto.

Não se confunde difusão irradiada com global, “porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos”.<sup>354</sup>

Segundo o autor, os litígios estruturais são litígios irradiados. Contribui essa nova classificação para a compreensão de que, qual seja o prisma de abordagem sobre políticas públicas, se sob a ótica dos indivíduos ou se sob a ótica coletiva, o tema é essencialmente policêntrico, plurilateral e complexo.

Essa também a conclusão de Moreira e Ferraro:

---

<sup>353</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.88.

<sup>354</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.88.

mesmo quando se trata de interesses individuais coletivizados, está-se longe de apenas haver “diretos individuais homogêneos”, no sentido de que existiria homogeneidade ou identidade de interesses dentro do grupo. Inclusive no interior de coletividades há distintos interesses e pontos de vista, pluralismo tal que tampouco pode ser ignorado. São situações que exigem tratamento coletivo, numa tentativa de alcançar uma perspectiva “global”, o que acentua a necessidade de participação, que vai além de uma contraposição bilateral em que os polos, ou ao menos um deles, tenham caráter coletivo.<sup>355</sup>

A solução processual coletivizada desses litígios irradiados como se fossem transindividuais (globais), aponta Vitorelli é prejudicial ao resultado do processo<sup>356</sup>, “já que reduz as informações disponíveis para orientar a atuação dos sujeitos processuais, no sentido da obtenção de uma solução adequada, à luz da complexidade dos fatos”.<sup>357</sup> E acrescenta que nos litígios irradiados, em algum momento, se faz necessário identificar os indivíduos que compõe esse grupo, de modo que a tutela incida sobre cada um deles.<sup>358</sup> Ou seja, como já debatido no item 2.5.1, as decisões em processos coletivos (globais) e estruturais acabam por não tutelar os indivíduos e a situação presente.

Em termos práticos, o processo estrutural defendido como o mais adequado para controle judicial de políticas públicas indica abstratamente a inadequação de determinada formulação, estruturação ou execução de uma política pública atrelada a um direito social. Assim, com a reforma desencadeada pela decisão judicial (independentemente se sob a forma de “comando-controle” ou se na forma “experimentalista”), em consequência,

---

<sup>355</sup>MOREIRA, Egon Bockman; FERRARO. Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelo amicus: notas a partir e para além do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 43-73, jan. 2016.

<sup>356</sup>Em sentido contrário, defende Sabino que tanto a tutela essencialmente coletiva quanto a acidentalmente coletiva se prestam à tutela desses direitos. Esclarece que: “na primeira hipótese [essencialmente coletivo], porque a necessidade de tratamento coletivo – e não individual – advém da própria natureza do direito apresentado em juízo, definido pelo objeto da demanda: se esse objeto for indivisível ou incindível, os efeitos lógico e prático da decisão serão sua extensão a todos que desse direito se aproveitam; na segunda ocasião [acidentalmente coletivos], porque os direitos pertencentes a indivíduos, normalmente condizentes com saúde e exercidos contra o Estado são homogêneos e comuns, ou seja, as questões coletivas prevalecem sobre as individuais”. (SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 264).

<sup>357</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.88.

<sup>358</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 403.

alcança os indivíduos, não identificados, que serão beneficiados, no futuro, com a melhoria.

O resultado, em longo prazo e em termos ideais, parece positivo e solucionador. Contudo, embora a solução prospectiva, potencialmente esgote a demanda, os indivíduos cuja violação é presente, seguem sem ser atendidos.

A técnica processual de ações para tutela coletiva de interesses individuais, na perspectiva sustentada, seria uma inversão dessa identificação dos subgrupos e mesmo dos indivíduos. O que se pretende com a tutela coletiva de direitos individuais é primeiro essa identificação, sem ignorar que estes indivíduos se encontram inseridos em uma coletividade e reclamam a satisfação de um direito atrelado a uma política pública, para então se pensar em formas de tutelas que os atenda. Como defende Zaneti “o fato de serem determináveis os lesados, individualmente, na alegação de direito individual homogêneo, não altera a sua acolhida na forma molecular (traço distintivo das ações coletivas em relação à fragmentação da tutela, tratamento atomizado, nas ações individuais)”.<sup>359</sup>

Um aspecto fundamental dessa tutela coletiva de direitos individuais é observar, como defendido por Vitorelli<sup>360</sup> para os litígios irradiados, a impossibilidade de “*opt-out*”, pois “apesar de toda a sua complexidade e conflituosidade, bem como do risco de que o processo cause grande impacto nas vidas dos integrantes dos subgrupos mais próximos ao epicentro da lesão”, a solução deve ser formulada sob o prisma da sociedade, de modo indivisível.

### 3.3 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A classificação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, segundo Salles<sup>361</sup> tem por pressuposto bens de atribuição coletiva, cujo objeto não pode ser dividido entre os vários interessados, classificando conforme a posição de cada sujeito em relação ao interesse comum, a partir da concentração ou dispersão de um determinado tipo de interesse.

---

<sup>359</sup>ZANETI Jr., Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001. p.74.

<sup>360</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.628.

<sup>361</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 138.

Os processos individuais por meio dos quais se pleiteia uma prestação estatal de direito social se repetem e se identificam, considerando os três critérios de identidade: a própria existência da obrigação, a natureza da prestação devida e o sujeito passivo comum a todos eles. Reconhecida a obrigação do ente público às prestações que o jurisdicionado entende devida – fornecer medicamento determinado tratamento/medicamento; garantir uma vaga em creche/escola – e o sujeito passivo (o Município, o Estado ou a União).

Não há homogeneidade abstrata, no sentido de que toda e qualquer ação ajuizada contra um ente estatal pleiteando uma prestação de direito social é homogênea. Mas há homogeneidade, por exemplo, entre ações ajuizadas por pessoas que precisam de um mesmo medicamento, ou de crianças de uma mesma região que necessitam de vagas em creches. Nessas hipóteses, haveria similitude de fato (necessidade de um medicamento ou de uma vaga no sistema de educação) e também de direito (garantia constitucional de direitos sociais).

### 3.3.1 Tutela Coletiva de Interesses Individuais

Tradicionalmente, a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, conforme aponta Zavascki<sup>362</sup>, regulada pelos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, é caracterizada pela repartição da atividade cognitiva em duas fases. Uma propriamente coletiva, destinada ao juízo de cognição sobre questões fáticas e jurídicas relacionadas com núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, desdobrada em uma ou mais ações ou habilitações, promovidas em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a completar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados.

Mesmo a partir da ideia tradicional a respeito da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos,<sup>363</sup> o relevante é identificar que esta permite que a cognição se desenvolva de maneira mais racional, permitindo melhor compreensão do conflito. Isto possivelmente significaria, no caso do controle de políticas públicas, conciliar

---

<sup>362</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Diretos Transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

<sup>363</sup>“Entretanto, a sistemática em vigor para a satisfação dessa tutela (arts. 95 a 100 do CDC) mostra-se insuficiente para prover a almejada e aclamada efetividade processual e, por consequência, inapta para minorar a crise do processo no ordenamento jurídico brasileiro.” (ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos*. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 231).

a necessidade de ampliação da cognição, sem perder a imediatidade decorrente da individualização dos beneficiários direto da política pública.

No geral, as ações para defesa dos individuais homogêneos são essencialmente ações condenatórias, seguidas de execução individual ou coletiva (“*fluid recovery*”), ou seja, tem natureza reparatória, depois de já ocorrida a violação do direito, o que, contudo, não obsta que a ação coletiva para direitos individuais sirva para outras tutelas.<sup>364</sup> Como adverte Grinover nos comentários à disciplina legal prevista no Código de Defesa do Consumidor: “as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos não se limitam, no ordenamento brasileiro, à ação de responsabilidade civil por danos coletivamente causados, sendo sua aplicação mais ampla do que a contida no Capítulo II do Título III, CDC”.<sup>365</sup>

E à luz dessa advertência, pontua Arenhart,<sup>366</sup> que, embora a tutela ressarcitória, repressiva e em pecúnia seja a única especificamente disciplinada em lei para tutela de direitos individuais homogêneos, esta não é a única via de tutela desses interesses, sendo possíveis outras formas de tutela, dentre elas a repressiva e também a tutela inibitória, com ênfase preventiva.

A tutela coletiva de direitos individuais, portanto, não está restrita aos denominados direitos individuais homogêneos<sup>367</sup>, na forma como original e legalmente previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Necessária cautela para bem compreender a intersecção entre o indivíduo e o grupo que integra, com necessário convívio entre a individualidade e a homogeneização,

---

<sup>364</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 217.

<sup>365</sup>WATANABE, Kazuo *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011. p. 136.

<sup>366</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 301-314.

<sup>367</sup>Nesse sentido também GAGNO, Luciano Picoli. *Direito Individual Homogêneo: Em Busca de uma Interpretação mais coerente com o Direito Fundamental de Acesso à Justiça*. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

pois como indicado por Bastos,<sup>368</sup> não é suficiente apenas modelo massificado, sob pena de acabar com a identidade e a significação do indivíduo e de sua diferença em relação ao outro. Insuficiente, igualmente, um paradigma puramente individualista, em razão da dinâmica da inserção social em grupos, classes ou categorias, com vantagens para todos os que os integram e problemas que afligem a coletividade, pressupondo condutas que preservem a igualdade material, sem o estabelecimento de distinções entre pessoas na mesma situação.

Por essa razão, defende o autor, que o processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo da tutela puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultura e dogmática particularizada – a tutela coletiva de direitos individuais.

A primeira premissa que deve ser bem estabelecida é que a tutela coletiva de direitos individuais não é equivalente a soma das demandas individuais, tampouco equivalente à tutela essencialmente coletiva.<sup>369</sup>

Nessa mesma linha a respeito de ferramentas e remédios processuais próprios ou adequados para direitos que estão inseridos ao mesmo tempo na lógica individual do direito subjetivo e também na chave coletiva, Dantas propõe uma classificação, que denomina de tutela pluri-individual, por ele definida como

atividade estatal voltada à justa composição das lides concernentes a direitos individuais homogêneos que se multiplicam em diversas demandas judiciais nas quais haja controvérsia, preponderantemente sobre as mesmas questões de direito, de modo a, por um lado,

---

<sup>368</sup>BASTOS, Antônio Adonias Aguiar de. Situações Jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. vol. 186. São Paulo: Ed. RT, ago. 2010. p. 88-93.

<sup>369</sup>Nas palavras de Ferraro: “é possível traçar uma diferenciação entre inviabilidade e inadequação da via individual, especificamente levando em conta a titularidade do direito que se alega estruturalmente violado. Se tratar-se de um direito ‘essencialmente’ coletivo, tem-se a hipótese de que o caminho individual é desde logo inviável, pois apenas por meio do processo coletivo é que se pode buscar a respectiva tutela. Por outro lado, quando o direito é individual, mas a violação mostra-se estrutural e a carga policêntrica é tanta que não se deve tratar a questão individualmente, o processo individual é inadequado. Ainda, é possível pensar em situações em que a violação é de ambas as espécies de direitos, tampouco sendo a adequada a cisão do tratamento”(FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 145). As demandas envolvendo políticas públicas, em razão da titularidade dos direitos sociais se amoldam com mais facilidade nessa última hipótese, de violação de natureza individual, mas também coletiva, de modo que a tutela, seja individual, seja coletiva, não consegue alcançar a integralidade, se mostrando, em consequência, inadequada.

racionalizar e atribuir eficiência ao funcionamento do Poder Judiciário e, por outro, assegurar a igualdade e razoável duração do processo.<sup>370</sup>

Acrescenta Ferraro que “a previsão de uma hipótese intermediária, entre o difuso e o individual, parece útil justamente para casos em que o direito é de titularidade individual, mas o tratamento precisa ser coletivo, e não somente por uma questão de isonomia ou economia processual”.<sup>371</sup>

Essa forma de tutela coletiva de interesses individuais no âmbito de políticas públicas buscaria conciliar o atendimento individualizado com uma fase cognitiva mais ampla e abrangente da macro lide.

A tutela coletiva de direitos individuais exige um procedimento que alcance a complexidade e, para o controle judicial de políticas públicas, permitiria a análise dos aspectos comuns, relacionados à cognição da política pública, em maior grau de complexidade se a demanda versa sobre concepção de políticas públicas, gradativamente e proporcionalmente mais concentrado se versa sobre implementação ou gestão de políticas públicas.

O essencial a respeito da utilização de essa técnica, sob a perspectiva aqui defendida, é a ampliação da cognição e a consideração da imediatidade do atendimento aos indivíduos que aguardam a concretização do direito reclamado. Assim, como adverte Arenhart que “não é necessário que a sentença estabeleça um único resultado para todas as pretensões, nem é preciso que a sentença estabeleça, de maneira definitiva, as consequências da situação para todas as pretensões individuais”.<sup>372</sup>

Sob o enfoque da cognição, no âmbito da ação coletiva para tutela de direitos individuais, diversas outras técnicas poderiam ser empregadas, dentre elas, decisões

---

<sup>370</sup>DANTAS, Bruno. Jurisdição Coletiva, Ideologia Coletivizante e Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 352, jan. 2016.

<sup>371</sup>“Não é simplesmente para que todos aqueles que têm direito a determinado bem possam consegui-lo conjuntamente – diferentemente do que aconteceria se o tratamento fosse individual, ensejando a existência de inúmeras decisões, não necessariamente nem provavelmente no mesmo sentido. A isonomia na hipótese em que se precisa tratar coletivamente coloca-se no sentido de que o reconhecimento do direito de um afeta o do outro (ainda que não juridicamente), sendo necessário então coletivizar para que aquela se dê no próprio tratamento ou consideração, não simplesmente no resultado.” FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 145/146.

<sup>372</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 165.

parciais ou provimentos em cascata, técnicas para reunião ou tramitação conjunta ao menos de uma fase ou de um ato do processo, restrito às questões comuns, o que já viabilizaria uma compreensão mais ampliada da política pública e não só no indivíduo que reclama seu direito.

No âmbito das políticas públicas, diante da complexidade do objeto, poderia ser uma maneira de conciliar tanto a imediatidade buscada pelos indivíduos quanto os aspectos globais, aproximar a fase de conhecimento da fase de execução, e conforme a marcha processual, os interesses sejam efetivamente atendidos.

O dilema da ação coletiva ultrapassa o sentido estrito no âmbito do processo civil e “em termos teóricos, diz respeito àquele tipo de situação em que se pode vislumbrar a existência de um bem comum (público ou coletivo), mas esse não é facilmente produzido se deixado à sorte (ou azar, melhor seria dizer neste caso) dos interesses individuais.”

E a solução do dilema, então, passaria pelo encontro de formas, “quase sempre institucionais, de promover a cooperação (que pode ser mais ou menos voluntária e mais ou menos coercitiva) entre indivíduos, de modo a atingir resultados que transcendam seus interesses mais imediatos”.<sup>373</sup>

Sob essa ótica e do marco teórico institucional adotado neste trabalho, a tutela processual pela via de ação coletiva para direitos individuais seria uma dessas formas de promover a cooperação e superar o dilema da coletivização.

As vantagens dessa coletivização são apontadas por Mendes:

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que

---

<sup>373</sup>ARANTES, Rogério Bastos. Ações Coletivas. In: AVRTIZER, Leonardo [et. al]. *Dimensões políticas da justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.<sup>374</sup>

Uma metáfora<sup>375</sup> ilustra o efeito que se pretende alcançar com a tutela coletiva de direitos individuais. Esta seria como um ônibus que passa a operar em uma cidade cujos indivíduos utilizem apenas de automóveis individuais. Embora o ônibus não seja tão rápido ou facilmente conduzido, com algum tempo a melhora na mobilidade urbana é percebida. Avançando na metáfora, cada indivíduo optando pelo meio de transporte individual, a mobilidade e o trânsito ficam insustentáveis e caóticos. Com um meio coletivo, mas que igualmente atende aos indivíduos, embora não sem alguns ajustes e adaptações, há uma melhora significativa na mobilidade, e a solução alcança ainda mais pessoas que só aquelas que já se valiam de transporte individual.

Sob essa perspectiva, a tutela coletiva de interesses individuais relacionados à concretização de direitos sociais e suas respectivas políticas públicas, atenderia às outras questões cruciais relacionadas à litigância repetitiva, como apontado por Refosco,<sup>376</sup> em especial a ampliação do acesso à justiça, reconhecendo direitos àqueles que não ingressaram em juízo, evitando a sobrecarga com demandas idênticas e minimizando a vantagem do litigante habitual em fazer prevalecer o que exclusivamente a ele favorável.

A tutela coletiva de direitos individuais se justifica sob três perspectivas,<sup>377</sup> que estão diretamente relacionadas ao acesso à justiça.

Essa técnica processual facilita o acesso de questões que não chegariam a ser judicializadas, e, portanto, atua na porta de entrada do acesso à justiça, isto é, no reconhecimento do direito. Permite-se ainda o tratamento uniforme de situações sob a mesma hipótese normativa, concretizando o acesso à justiça no iter do processo. E por fim,

---

<sup>374</sup>MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.226.

<sup>375</sup>A metáfora é apresentada com referência à ação coletiva do tipo ressarcitória. GIUSSANI, Andrea Azioni collettive risarcitorie nel processo civile. Bologna: Il mulino, 2008, p. 76-77 *apud* OLIVEIRA, Marco Antonio Perez. *A coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 24/25.

<sup>376</sup>REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017, p. 108.

<sup>377</sup>As razões para proteção coletiva de direitos individuais são apresentadas por Arenhart. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

racionaliza a distribuição da prestação jurisdicional, na porta de saída, para quem efetivamente é atendido com a prestação jurisdicional.

De nada serve a defesa da coletivização, no entanto, se não houve efetividade do direito reconhecido e concretização em favor dos indivíduos. Esse é uma das críticas apresentadas por Grinover: “se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção”.<sup>378</sup>

Tampouco é adequado se houver um desvirtuamento da ação coletiva para defesa dos direitos individuais, e ao invés da abordagem sob a ótica plurilateral, seguir a lógica individualizante.

Essa é a conclusão do estudo da Sociedade Brasileira de Direito Público sobre ações coletivas, quanto ao tema saúde, nas quais as ações, preponderantemente propostas pelo Ministério Público, na tutela de direitos individuais homogêneos, prevalece a busca por satisfação de demandas pontuais.

Nesse estudo não foi encontrada nenhuma ação na amostra que pretendesse reforma estrutural da política, como a incorporação geral de algum medicamento, insumo ou serviço ao SUS,<sup>379</sup> concluindo ainda que referido efeito adverso observado pela pesquisa é recepcionado e estimulado por entendimentos jurisprudenciais dos tribunais analisados, enraizados na lógica processual tradicional, que coloca o indivíduo como centro da tutela jurisdicional e sujeita o sucesso de demandas individuais, ainda que contrárias a ações/decisões coletivas, a conceitos como “interesse de agir” e “inafastabilidade da jurisdição”.

Um exemplo dessa lógica individualizante em ações com potencial coletivo são as ações, identificadas na amostra do citado estudo, com a pretensão de estender os efeitos da tutela individual a todos os pacientes em mesma condição, não nomeados na ação, que foram indeferidas, sob o argumento de que a sentença em Ação Civil Pública que não visa

---

<sup>378</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade. *Revista de Processo*. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33/39.

<sup>379</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.183. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

a inclusão de medicamento em protocolo ou lista não pode ter seus efeitos estendidos a outros pacientes além do indivíduo “paradigma”, uma vez que, de acordo com decisão do STF na Suspensão de Tutela Antecipada n. 75, dependeriam de análise concreta de cada caso individual.<sup>380</sup>

### 3.3.2 ACIH – caso dos autistas

Um dos exemplos de tutela sob a forma de individuais homogêneos é o caso dos autistas.<sup>381</sup> Ajuizada ação civil pública para custear tratamento médico e educacional especializado às pessoas com autismo residentes no Estado de São Paulo, foi proferida sentença genérica que julgou procedente a demanda<sup>382</sup>, ponto de partida para a criação de

---

<sup>380</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.61. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>).

<sup>381</sup>A ação civil pública proposta pelo Ministério Público, Processo nº 053.00.027139-2 (0027139-65.2000.0053), que tramitou perante a 6ª Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo. A descrição do caso e das decisões no presente trabalho foi pautada exclusivamente no andamento do processo em primeiro grau, disponibilizado no site do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os autos do processo, originalmente físicos, foram digitalizados, mas o acesso aos autos é apenas disponibilizado mediante senha do processo. Não há, contudo, sigilo do andamento e das decisões publicadas, de forma que estes foram a fonte para o breve estudo aqui realizado.

<sup>382</sup>O dispositivo da sentença: “ANTE O EXPOSTO e o mais que consta dos autos, JULGO PROCEDENTE a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 269, inciso I, do código de Processo Civil, para CONDENÁ-LA, até que, se o quiser, providencie unidades especializadas próprias e gratuitas, nunca as existentes para o tratamento de doentes mentais "comuns", para o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, em regime integral ou parcial especializado para todos os residentes no Estado de São Paulo, a: I - Arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo; II- Por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo de trinta (30) dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente. III - A instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada. IV - O regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características. V - Após o Estado providenciar a indicação da instituição deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento. Para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer dos itens I a V, fixo a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), destinada ao Fundo Estadual de Interesses Metaindividuais Lesados (artigo 13 da Lei Federal 7347/85), tendo a ré o prazo máximo de 30 (trinta dias), a contar da intimação da presente decisão, para disponibilizar, de forma permanente, tal atendimento aos portadores de autismo”.

Disponível em:  
<[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=53&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0027139-65.2000&foroNumeroUnificado=0053&dadosConsulta.valorConsulta.NuUnificado=00271396520008260053&dadosConsulta.valorConsulta=&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_fe3d696b78ee46d3a50b958a1650c394&g-](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=53&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0027139-65.2000&foroNumeroUnificado=0053&dadosConsulta.valorConsulta.NuUnificado=00271396520008260053&dadosConsulta.valorConsulta=&uuidCaptcha=sajcaptcha_fe3d696b78ee46d3a50b958a1650c394&g-)

sistema de encaminhamento de casos internamente às Secretarias da Educação e da Saúde e para o ajuizamento de habilitações e execuções individuais ou coletivas.<sup>383</sup>

A ação foi proposta em 27 de outubro de 2000 pelo Ministério Público contra o Estado de São Paulo, com pedido de condenação “para arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada (não estatal, portanto, já que não existe com tais características uma única no âmbito do Estado) para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo, que, por seus representantes legais ou responsáveis, comprovem mediante atestado médico tal condição (de autista) [...]”.

Por ocasião da defesa, argumentou o Estado que buscava manter o atendimento ambulatorial, atuando para firmar convênios para proporcionar o tratamento adequado, além de contestar a obrigação de atender indiscriminadamente todo e qualquer autista.

Na sentença, prolatada em 28 de dezembro de 2001, na fundamentação, afirmou-se que houve reconhecimento do pedido pela ré quanto a obrigação, impugnada apenas a extensão e a forma de atendimento. O argumento sobre a dotação orçamentária foi afastado com a sugestão de disposição “daquelas vultosas quantias desperdiçadas em publicidade”.

Outro ponto relevante da decisão é admissão de que “apesar da iniciativa da Administração Pública, desencadeada coincidentemente após as sucessivas citações em ações individuais propostas por representante legais de autistas e na presente ação civil pública, continua o Estado de São Paulo [...] a não atender de forma eficaz e específica a população de portadores da Síndrome de Kanner, pois vêm apresentando até agora somente medidas aplicáveis no futuro voltadas para doentes mentais em geral, as quais não

---

recaptcha-  
response=03AOLTLBN1L7DcUZ\_dQM25JleThCH\_sdVWN5HXM5nV51ZZBdjo3mT76ZsWXYaTihBD  
EIXji-xWKZxdepvE12reHeKO2MhUntC4xzdL1tEBR-  
mYOwqOi4raY6SPeyh3ed4BAGudMIVRCtGFFDIIn8wL23Ql3occavKShqz3WrU9Nrf09t9KegXdTQPf4  
SvFdAYWqXYEAPikB\_\_wjXHBnqurcF9J2Q2B3exzM\_kjFbptJX7K7EfRi04sZ9qevRTomzziYBu7kaA9PM  
FlzPbwREvHBeWJ2x1evRh-dOlzRAZNt9nBZce-Bqsdedt2MphoDgfpFGqpCvGkrzykji5OQ3Y-  
kZQS9Ws8OoO2LTjLGB\_DIOQDZ75xFA7crChKCGDxIwKvkfwWdazzZMrtRyKj0T9MVdpHLPRBmGi  
fR1BUbn4Sh\_WxfezAVOLYc9WE6As1Oj31\_tvqXMdxg6satOQVf6SjpsdrhoPliyWWWFFVBMZkeiXUw  
QUYI9rWNJuS2b6wPGxgfQDWjnD1\_FjTECiUtkSMu3K8m2vnPoCA&processo.codigo=1HZX2RITF000  
0>.

<sup>383</sup>O caso aqui mencionado foi objeto de estudo de caso em GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*: Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/Pnud, no projeto “Pensando o Direito”, Referência Prodoc BRA 07/004. São Paulo: Direito GV/FGV, 2011 (Série Pensando o Direito), p. 45-58.

podem ser aceitas pelo Juízo como aquelas determinadas pelas Constituições Federal e Estadual, para afastar as que ora estão sendo reclamadas imediatamente pelo autor, no atendimento para todos os que padecem do autismo”.

Iniciada a fase de execução, com centenas de interessados, individualmente, promovendo a habilitação para que o julgado fosse cumprido, apontou o juízo, em decisão prolatada em 22 de fevereiro de 2008, que o Ministério Público, autor da ação, se mantinha inerte e o Estado de São Paulo nos autos de cada habilitação, apresentava informação individualizada da Secretaria da Saúde noticiando que houve disponibilização de vaga em uma determinada entidade cadastrada ou que depositado valor pertinente ao custeio do tratamento em instituição privada, para que então fosse expedida guia de levantamento. Como solução, determinou-se, em síntese, que o requerimento fosse encaminhado à Secretaria de Estado e, em caso de discordância a respeito da forma de tratamento ou da clínica indicada, a questão deveria ser objeto de “uma execução complementar”, proposta pelo Ministério Público.

Sobre os inúmeros incidentes de habilitação, outro trecho de decisão prolatada em abril de 2008 ilustra a situação: “Na verdade, as habilitações transformaram-se em ações de conhecimento porque se determinou, em alguns casos, a elaboração de laudo pericial, a expedição de ofícios para verificação da situação médica do autista, a discussão sobre internação e desinternação de pacientes, a constatação de regularidade de algumas entidades, a fiscalização do valor pago, o controle de frequência e outras coisas do gênero. No entanto, deve-se obedecer ao comando da sentença, isto é, primeiramente, é exigência que o autista formule requerimento administrativo ao Secretário Estadual de Saúde, devidamente instruído, o qual deverá responder, em trinta dias, justificando eventual recusa da entidade indicada”.

Ao longo da fase de execução, em diversas oportunidades, fora determinada a prestação de contas pela Fazenda do Estado. Em março de 2008, por exemplo, determinou-se a prestação de contas dos gastos públicos pela Fazenda do Estado. As informações foram prestadas e novamente solicitadas e prestadas em maio/junho de 2009.<sup>384</sup>

A partir de setembro de 2009, das decisões prolatadas no processo principal se depreende que se iniciaram as discussões sobre a regularidade das entidades conveniadas e

---

<sup>384</sup>Conforme decisões datadas de 05/05/2008 e 14/07/2009, que reproduzem os dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Educação.

das instituições particulares responsáveis pelo atendimento, o levou a realização de perícia judicial em uma das entidades (determinada pela 3ª Câmara de Direito Público, atendendo-se ao que foi determinado nos autos das apelações cíveis 886.273-5/5 e 884.981-5/1), emitido termo de inspeção judicial em 23/12/2009. As vistorias, a partir de então, se estenderam para outras entidades conveniadas.<sup>385</sup>

Em audiências de conciliação ocorridas em 12 e 17 de novembro de 2009, diversos compromissos foram assumidos pela Fazenda do Estado para a estruturação da política pública para atendimento dos autistas.

Em junho de 2011, a decisão prolatada ponderou que “O Estado não comprova que fornece o atendimento aos autistas, juntando diversos relatórios e informações sobre instituições conveniadas e atendimentos prestados, que não refletem, de maneira alguma, a implementação, até o momento, de uma política pública de atendimento aos autistas. Por outro lado, neste processo, diversos autistas têm pleiteado habilitação, buscando a execução individual da sentença. Estas habilitações podem ser divididas em duas espécies: 1) habilitantes que afirmam que os estabelecimentos indicados não são capazes de fornecer o atendimento adequado, e que, portanto o Estado deverá providenciar o custeio privado do autista, no estabelecimento que este reputa adequado; 2) habilitantes que não possuem nenhuma condição de custeio privado, e que ao ser indicado um estabelecimento pelo Estado o aceitam, sem questionar se o mesmo é adequado ou não”.

Especificamente sobre a política pública, observou que houve uma significativa mudança no que se compreendia como adequado para o tratamento: inicialmente “prevalecia a filosofia da integração, privilegiando-se o atendimento em estabelecimentos de atendimento exclusivo aos deficientes, pois se entendia que esta era a melhor forma de se obter um resultado satisfatório de ensino para o excepcional. Hoje, a filosofia adotada para a educação dos deficientes sofreu profunda alteração. A integração foi substituída pela inclusão, que por sua vez ganhou projeção de norma constitucional”, mudança essa refletida na Lei Federal 12.764/2012, que estabeleceu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

A referida decisão, ainda, afastou a viabilidade das habilitações individuais, afirmando que “objeto desta ação principal não diz respeito ao caso individualizado de

---

<sup>385</sup> Em decisão de 07/11/2011 são listadas as instituições já inspecionadas.

cada autista, mas apenas à implementação da política pública a ser implementada pelo Estado. As habilitações individuais, portanto, não prosseguem nos autos principais”, insistindo que “nestes autos, apenas constarão decisões em relação à execução coletiva que deverão alcançar todos os autistas de forma igual, por se tratar de um título que garante direitos individuais homogêneos”.

Em outubro de 2014 foram designadas audiências públicas, em razão do pedido de extinção do feito apresentado pelo Ministério Público, autor da ação e identificados quatro principais grupos de interesses impactados de forma diferentes pela política implementada e pelo processo: 1) crianças de 0 a 06 anos com diagnóstico de autismo; 2) Crianças e adolescentes de 06 a 18 anos com diagnóstico de autismo; 3) Adultos com diagnóstico de autismo que residem com seus familiares; 4) Adultos com diagnóstico de autismo em situação de institucionalização.

O pedido de extinção fora apresentado pelo Ministério Público, autor da ação, e com ele concordou o Estado, réu, sob o argumento de que eram atendidas 5.424 pessoas com autismo nas escolas credenciadas, conveniadas e parceiras, e também em escolas regulares, e a sentença, no cenário de ausência de legislação específica ou política pública definida, preencheu tal lacuna, já que a política de atendimento acabou sendo criada e o Estado vem tentando implementá-la.

O resultado da audiência, constante do termo, disponibilizado em 20 de fevereiro de 2015, com transcrição da íntegra das participações, resultou na decisão proferida em 31 de agosto de 2016,<sup>386</sup> que não extinguiu o feito, mas estabeleceu novas diretrizes para que as execuções contra a Fazenda do Estado de São Paulo que pleiteiam matrícula de crianças autistas em escolas especiais, para que tramitem de forma mais eficiente.

As diretrizes estabelecidas na decisão foram: “1) Uma vez formulado o pedido de execução, a Administração será intimada para, extrajudicialmente, e em prazo não superior a 60 dias, realizar laudo do autista por uma equipe interdisciplinar, suspendendo-se a execução; 2) Após, no prazo de 10 dias, a Administração irá propor um perfil de atendimento ao autista, de acordo com o seu caso específico; se o laudo indicar a

---

<sup>386</sup>Infelizmente a decisão prolatada não fora publicada na íntegra, o que inviabiliza a leitura completa. As diretrizes fixadas foram informadas na notícia publicada no site do TJSP, disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/noticia?codigoNoticia=36566>>

necessidade de prestação do serviço municipal, o ente público municipal será intimado, também, para se manifestar e compor a oferta de atendimento junto com o Estado, de acordo com os recursos disponíveis na rede; caso haja aceitação, a oferta será homologada, extinguindo-se a execução. 3) Em caso de rejeição da oferta de atendimento, o autista ou seu responsável se manifestará, no prazo de 10 dias. Após, a FESP será intimada para impugnação da obrigação de fazer, prosseguindo-se judicialmente com a execução.”

Em fevereiro de 2018, com a notícia pela Defensoria Pública de que os convênios mantidos pelo Estado para atendimento aos autistas, a decisão prolatada é incisiva ao criticar a falta de informação pelo Estado, deferindo a liminar determinando o custeio privado para os autistas, da mensalidade e do transporte escolar, relativo ao estabelecimento em que se encontravam matriculados no final do ano de 2017, até a transferência para outra escola adequada, caso para a referida escola não tenha sido renovado o convênio, solicitando informações a respeito da política pública.

Em março de 2019, agora em razão de pedido da Fazenda do Estado de São Paulo, a decisão judicial determinou a prorrogação dos contratos de convênios “ao menos até o meio do ano letivo, final de junho de 2019, prazo razoável para o Estado buscar as renovações ou a realocação dos autistas em outros estabelecimentos adequados, com uma transferência planejada e com o devido acompanhamento, se for necessário, a fim de preservar a dignidade dos autistas”. Em agosto de 2019, a liminar foi prorrogada por mais 6 meses, em relação a um estabelecimento de ensino, que ainda não atendia aos requisitos da Lei 8.666/93 para celebração de convênio.

Sob o enfoque dos dois critérios escolhidos e da leitura exclusiva das decisões e andamentos do processo principal (e não das habilitações, recursos, ou íntegra dos autos), o caso estudado refere-se, inicialmente à concepção de política pública para atendimento de autistas, já que a princípio, esta era inexistente, e ao longo da demanda, passou a ser discutida a implementação e também a gestão de política pública.

No que se refere à cognição e a consideração da plurilateralidade do conflito, esta se desenvolveu de maneira distinta ao longo do processo.

Por ocasião da sentença, em uma primeira fase, que pode ser denominada fase da sentença, relevante a preocupação da decisão na compreensão da síndrome, contudo, a respeito da organização normativa (ou a ausência) e ou plurilateralidade do direito, pouco se avançou.

A construção do argumento para procedência do pedido é essencialmente teórico-dogmático, a partir das previsões constitucionais, em âmbito federal e estadual, e também das previsões legais sobre o direito à saúde. A obrigação inclusive é reconhecida pelo Estado, o que evidencia que nessas demandas os polos da relação processual não são estanques, mas dinâmicos. Não há propriamente contraposição de interesses.

No ponto central sobre a própria estruturação da política pública reclamada, com aspectos como dotação orçamentária, progressividade do atendimento, prioridade de determinado fornecimento, as iniciativas já adotadas pela Administração Pública, a cognição não alcançou.

Sob o enfoque da imediatidade, a sentença prolatada direcionou os pedidos diretamente ao Executivo, com prazo de 30 (trinta) dias para atendimento, e ao menos potencialmente atendia aos indivíduos e as situações presentes (e não apenas as futuras).

Após a prolação da sentença, em uma segunda fase, que pode ser denominada fase das habilitações individuais (entre 2008 e 2011), no que se refere à cognição ampliada e a plurilateralidade do conflito, o desenvolvimento da política pública parecia ocorrer “a conta gotas”, já que em cada habilitação individual se reabria a discussão sobre a condição médica do beneficiado e a adequação do fornecido pelo Estado.

Em contraponto, relevante o esforço na obtenção de informações sobre o estágio de desenvolvimento da política de atendimento aos autistas, solicitando-se à Fazenda do Estado “prestação de contas”, com indicação do número de beneficiados, a celebração de convênios e outras medidas tomadas para estruturação da política pública.

Em uma terceira fase do caso, que pode ser denominada fase de revisão (a partir de 2011), com base nas informações da Fazenda e da persistência das habilitações individuais, conclui a decisão pela ausência de implementação de uma política pública de atendimento aos autistas.

Sob o aspecto da cognição, avança-se na compreensão do que se entende como adequado em relação ao atendimento de autistas, inclusive em decorrência da Lei Federal 12.764/2012, com a identificação dos diferentes núcleos de interesses inseridos no grupo de autistas. A participação é ampliada, com realização de audiência pública, e a controvérsia passa da concepção da política para a implementação, já que o ponto central de discussão é a ineficiência ou inadequação da política pública até então desenvolvida. A

cognição volta-se à adequação das entidades, com a realização de diversas perícias e inspeções judiciais.

Sob o aspecto da imediatidade, as habilitações individuais são extintas, e a determinação é no sentido de propor execuções individuais fora do âmbito do processo principal, embora as novas diretrizes fixadas para o pedido de execução, com estabelecimento de um procedimento interno, com previsão de etapas e prazos, buscassem atender às necessidades presentes de atendimento.

Na fase atual do litígio, iniciado em fevereiro de 2018, tornou-se central a própria gestão da política pública, relacionada aos convênios celebrados e a necessidade de prorrogação, por ordem judicial.

De um modo geral, do caso estudado, visível a preocupação na estruturação do procedimento, tornando-o flexível, ficando claro que a cognição não se esgotou na prolação da sentença, ao contrário, a cognição foi mais aprofundada nas fases subsequentes, com tentativas de avançar na participação e representatividade dos múltiplos interesses, bem como na compreensão do que vinha sendo realizado, com informações sobre o número de atendimentos e as entidades conveniadas. Não obstante as dificuldades envolvendo a numerosa quantidade de habilitações individuais, diversas foram as tentativas de direcionar diretamente ao Executivo o atendimento das situações presentes, e atender aos reclamos de imediatidade.

### **Síntese**

Dois fenômenos identificados no âmbito do processo judicial estão diretamente relacionados: a litigância de interesse público e a repetitividade das demandas. O alcance do direito leva à repetição de casos semelhantes em nível individual. Entre as técnicas processuais para fazer frente à repetitividade estão a Ação Coletiva para Tutela de Direitos Individuais Homogêneos (AICH) e os mecanismos de agregação, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Sobre o IRDR, sem pretensão de profunda análise da técnica, este trabalho examinou dois casos práticos, que abordaram o tema políticas públicas, um pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo tema central era a necessidade de comprovar carência de recursos financeiros para fornecimento de medicamentos ou procedimentos pelo Sistema Único de Saúde, e outro pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, este referindo-se à questão essencialmente processual, para definição de competência do

Juizado da Fazenda Pública para demandas a respeito de internação em UTI ou fornecimento de medicamentos.

Ação coletiva para tutela de direitos individuais, por outro lado, tem sido apontada como uma alternativa e como forma de tutela processual para o controle judicial de políticas públicas. O próprio conceito de direitos individuais homogêneos, não obstante a definição legal inserta no Código de Defesa do Consumidor, não é unânime. De um lado quem defenda a visão estritamente processual e de outro quem defenda uma visão de material desses direitos.

Os direitos sociais e as políticas públicas, na sua vertente individualizada, mas sempre inseridos, em razão de sua natureza, em contexto coletivo, como tal, devem ser compreendidos como direitos individuais a serem tutelados coletivamente. E contribuem para essa compreensão a classificação dos conflitos proposta por Vitorelli em conflitos de difusão global, local ou irradiada. Os conflitos envolvendo políticas públicas, em razão da alta complexidade e conflituosidade, se enquadrariam nesta última hipótese, já que diversos os grupos e interesses afetados.

A tutela coletiva de direitos individuais é uma terceira via, entre o individual e o coletivo, e exige um procedimento próprio e específico, desenvolvendo novos mecanismos processuais para lidar com a complexidade inerente. O desafio se coloca em obter o equilíbrio entre dois limites: efetividade do direito reconhecido e concretização em favor dos indivíduos e tratamento coletivo.

Essa forma de tutela processual seria uma maneira de conciliar a imediatidade reclamada pelos que pretendem ver seus direitos imediatamente garantidos, com a necessidade de considerar a complexidade que é da essência do próprio direito social e da política pública. Além disso, atende às outras questões cruciais relacionadas à litigância repetitiva, como a ampliação do acesso à justiça, evitando a sobrecarga com demandas idênticas e minimizando a vantagem do litigante habitual.

Sob o enfoque da cognição, no âmbito da ação coletiva para tutela de direitos individuais, diversas outras técnicas poderiam ser empregadas, dentre elas, decisões parciais ou provimentos em cascata, além de técnicas para reunião ou tramitação conjunta ao menos de uma fase ou de um ato do processo, restrito às questões comuns, o que já viabilizaria uma compreensão mais ampliada da política pública e não só no indivíduo que reclama seu direito.

Sobre o estudo de caso realizado ao final (caso dos autistas), embora possível identificar fases diferentes do referido processo, bem como pontos de entrave, de um modo geral, visível a preocupação na estruturação do procedimento, tornando-o flexível, Além disso, a cognição judicial foi se aprofundando cada vez mais nas fases subsequentes do litígio, com tentativas de avançar na participação e representatividade dos múltiplos interesses, bem como na compreensão do que vinha sendo realizado, com informações sobre o número de atendimentos e as entidades conveniadas. Não obstante as dificuldades envolvendo a numerosa quantidade de habilitações individuais, diversas foram as tentativas de direcionar diretamente ao Executivo o atendimento das situações presentes.

## CONCLUSÕES

O tema de políticas públicas, por si só, é complexo. Como tal, o enfoque institucional, do Judiciário e do processo judicial, se justifica. Institucionalizar, de forma singela, significa estruturar e organizar, de maneira despersonalizada.

No contexto de políticas públicas, são vários os processos, em sentido primário (isto é, como sequência contínua de fatos ou operações subseqüentes e regulares para alcançar um objetivo), conduzidos pelo Poder Público para a sua formação. Nesse sentido, como propõe Bucci, o processo judicial deve integrar o “painel de análise jurídica processual”, levando em consideração de vários “processos estatais” pertinente à formação de políticas públicas, além do processo administrativo e do processo legislativo, “porque o Poder Judiciário é o foro último de decisão sobre conflitos relacionados à implementação dos direitos objeto das políticas públicas”.<sup>387</sup>

O Judiciário, em razão da sua especial colocação entre os processos decisórios da sociedade pode definir “qual instituição social deverá levar adiante a realização dos objetivos sociais implicados naquele caso”, já que “em qualquer decisão, o juízo implicitamente opta entre realizar por si mesmo um determinado valor social ou deferir a outra instituição social a opção entre os interesses abrangidos em uma determinada situação”.<sup>388</sup>

E se o Judiciário tem por característica decidir *quem* decide em relação a um dado problema, impõe-se uma melhor articulação institucional nas decisões a respeito de políticas públicas, deixando claro quem vai decidir, sobre o que vai decidir, sobre quem, com quais regras, em qual tempo e ordem de impacto.

Imprescindível melhorar a coerência, fluxo de informações e transparência da articulação institucional, resultando em decisões judiciais previsíveis e estáveis, com um grau de fundamentação que reforça e qualifica o controle exercido.

Com essa finalidade, o processo judicial é uma ferramenta, que permite estabelecer determinadas molduras, além de ser o instrumento de institucionalização e operacionalização da política pública.

---

<sup>387</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

<sup>388</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 103-104.

Isso não significa, entretanto, que o Judiciário, enquanto instituição, deve substituir ou ser o único a decidir sobre políticas públicas. Apenas não deve ser visto como o grande vilão, que interfere desordenadamente e de forma disruptiva em políticas públicas. Seu papel deve ser entendido como de uma importante instituição que integra, participa e decide sobre essa matéria. No verdadeiro sentido institucional, o Judiciário deve atuar como um feixe para tomada de decisão, apto a lidar com situações complexas.

Toda tutela processual deve ser vista como refletindo a própria natureza do direito material. No que toca, especialmente, ao tema do processo e da judicialização das políticas públicas, a partir da contraposição da demanda individualizada e do ideal de um processo estrutural, as duas extremidades das formas de tutela jurisdicional, espelham os direitos sociais, nos quais coexistem individualidade e aspecto coletivo, pois são assegurados “por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada num contexto social e intersubjetivo”.<sup>389</sup> Há, portanto, um claro espaço de sobreposição entre o individual e o coletivo, quando se trata de direitos sociais e das políticas públicas para efetivá-los.

Do cotejo entre as críticas às ações individuais e as características enaltecidas do processo estrutural, é possível compreender o que se espera, no mínimo, do processo judicial de tomada de decisão a respeito de políticas públicas: consideração da faceta transindividual do direito e da política pública eventualmente já existente, afastando-se da lógica bilateral do processo judicial tradicional. Para tanto, dois núcleos de atenção, sob a ótica do próprio juiz, para adequação da tutela processual se apresentam como essenciais: a cognição e o gerenciamento processual.

Não se defende, portanto, a completa inadequação da ação individual ou mesmo a inadmissibilidade de demandas dessa natureza, nem tampouco se apregoa a idealização da demanda coletiva como única forma de controle judicial de políticas públicas. Ao contrário, busca-se propor ferramentas processuais que corroborem para a integração do Poder Judiciário, como instituição, no complexo emaranhado de tomada de decisão sobre políticas públicas.

---

<sup>389</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 13-40.

Nesse contexto, de sempre compreender o conflito sobre políticas públicas como indissociável do contexto coletivo, ainda que apresentado ao Judiciário como direito subjetivo individual, verifica-se a existência de um verdadeiro dilema da coletivização.<sup>390</sup>

Em regra, não há organização social, e se não se constata essa organização fora do âmbito do processo, não há que se pressupor que elas possam ocorrer, de maneira automática, quando da judicialização. Assim, e para superar o dilema da coletivização, uma alternativa são os arranjos institucionais, de modo a promover a cooperação entre indivíduos e atingir resultados que transcendam seus interesses mais imediatos. Nesse sentido, a ação coletiva para tutela de direitos individuais pode ser a forma institucional de tutela processual a viabilizar resultados com essas características.

Nos casos práticos estudados, mais na Ação Coletiva do que nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, a tutela processual se voltou à cognição e ao gerenciamento processual, com flexibilização da rigidez procedimental e busca da compreensão da estrutura da política pública. Não obstante isso, fora mantido sempre em vista o atendimento dos indivíduos que, no tempo presente, necessitam de atendimento.

A linha de raciocínio seguida neste trabalho e os estudos de casos apresentados, portanto, confirmam a hipótese de que o Judiciário, como instituição, por meio do processo judicial, potencialmente, pode integrar, de forma não disruptiva, o processo de tomada de decisão sobre políticas públicas. De seu lado, tutela coletiva de direitos individuais, como mecanismo, técnica processual e forma de julgamento, não abstrato ou em tese, demonstrou efetividade e aptidão para atenuar, ainda que de maneira não absoluta, as disfunções que decorrem das demandas essencialmente individuais, considerando as dificuldades de judicialização do conflito sobre políticas públicas.

Essa adequação se mostrou positiva tanto sob o aspecto material (definição do objeto do processo) quanto sob o aspecto formal (modelo processual), tendo potencial para conjugar a imediatidade própria das ações individuais e, igualmente, alcançar a faceta coletiva do direito, em especial, sob o aspecto da cognição e da flexibilização do procedimento.

---

<sup>390</sup>O dilema da coletivização “em termos teóricos, diz respeito àquele tipo de situação em que se pode vislumbrar a existência de um bem comum (público ou coletivo) mas esse não é facilmente produzido se deixado à sorte (ou azar, melhor seria dizer neste caso) dos interesses individuais”. ARANTES, Rogério Bastos. *Ações Coletivas*. In: AVRTIZER, Leonardo [et. al]. *Dimensões políticas da justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

## BIBLIOGRAFIA

ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As Ações Coletivas de Direitos Individuais Homogêneos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): análise comparativa. *Revista Forense*, v. 424, p. 288-316, 2016.

ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. *O problema da litigiosidade de massa: uma análise crítica acerca das técnicas que conferem repercussão coletiva ao julgamento de demandas individuais*. 2015. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. Tutela coletiva de direitos individuais e sua execução. São Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Eloisa Machado de. Litígio Estratégico e articulação entre Jurisdições: o caso guerrilha do Araguaia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos*. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.34, abr/jun., 2000.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 7 ed., rev. mod. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. Ações Coletivas. In: AVRTIZER, Leonardo [et. al]. *Dimensões políticas da justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário*. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Ano 1. N.1, 2009. Disponível em:

<[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As\\_acoes\\_Coletivas\\_Eo\\_Co ntrole\\_Das\\_Políticas\\_Publicas\\_Pelo\\_Poder\\_Judiciario](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As_acoes_Coletivas_Eo_Co ntrole_Das_Políticas_Publicas_Pelo_Poder_Judiciario)>.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v.38, n. 225, nov.2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASPERTI, Maria Cecilia Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário. 2014. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

ASPERTI, Maria Cecilia Araújo. *Acesso à justiça e as técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2018. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Carla Andrea; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais, In: FUX, Luiz (coord.). *O novo Processo Civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>.

BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240. 2005.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar de. Situações Jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. vol. 186. p. 87. São Paulo: Ed. RT, ago. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Paulo Victor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório analítico propositivo. “Justiça Pesquisa” direitos e garantias fundamentais ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. p.60-61. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas. Possibilidades e Limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. As Class-Actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, São Paulo, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento – modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, vol. 147. São Paulo, 2007.

CABRAL, Antonio. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management*. Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, 2018.

CANELA JR., Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.192. p.399-415, fev. 2011. Trad. Sérgio Cruz Arenhart.

CAPPELETTI, Mauro. Constitucionalismo Moderno e o papel do Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, n.60. São Paulo, 1990.

CAPPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CASTELLO, Juliana Justo B. *Litigância de Massa: Ações Coletivas e Técnicas de Agregação (Estudo Comparado ao Sistema Jurídico Estadunidense)*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CEBEPEJ e FGV DIREITO SP. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, 2014.

CHAYES. Abram The Role of the Judge in the Public Law Litigation. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

COMPARATO. Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 737, 1997.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre direito e processo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COSTA, Susana Henriques. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Susana Henriques. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada

Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: ed. UNESP.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. In: *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, vol. 179. São Paulo, 2010.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em matéria de políticas públicas. In: Grinover, Ada Pellegrini e Watanabe, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012. 2 ed.

DANTAS, Bruno. *Jurisdição Coletiva, Ideologia Coletivizante e Direitos Fundamentais*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 352, jan. 2016.

DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4. 10. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Freddie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as Decisões Estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n.256, p. 209-218, jun.2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Reform. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa Direitos Sociais e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; 158

DUARTE, Clarice Seixas. (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.

FELSTINER, William L. F. et all. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...*Law & Society Review*, v. 15, No. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation, 1981.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FERREIRA, Camila Duran. *O judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS*. Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA 2004.

FISS, Owen As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FISS, Owen M; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice & Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.

FONSECA, Eduardo José da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. n.37, v. 212.

FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro: por um processo civil factível*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público: Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/Pnud, no projeto “Pensando o Direito”, Referência Prodoc BRA 07/004*. São Paulo: Direito GV/FGV, 2011 (Série Pensando o Direito).

GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GAGNO, Luciano Picoli. *Direito Individual Homogêneo: Em Busca de uma Interpretação mais coerente com o Direito Fundamental de Acesso à Justiça*. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. Tradução João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun.2015.

GALANTER, Marc. *Case congregations and their careers*. *Law & Society Review*, v. 24, n. 2, 1990.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Volume 9:1 *Law and Society Review*, 1974.

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

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SPINOLA, Grasielly de Oliveira. The Brazilian Judiciary as an Organ of Political Control. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei n. 8.058/2014 – proposta gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de processo*. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al (Coord.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Projeto de Lei n. 8.058/2014: Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

HENSLER, Debora R. The global landscape of collective litigation. In: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (coord.). *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*. Cheltenham Northampton: Edward Elgar Publishing, p. 4-6, 2016.

IMMERGUT, Ellen. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen e LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge University Press, 1992.

IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas. Coletânea*. vol. 1. Brasília: ENAP, 2006.

JOBIM, Marco Felix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JORDÃO, Eduardo *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

JORGE, Ighor Rafael. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

KOMESAR, Neil K. *A job for the Judges: The Judiciary and the Constitution in a massive and complex society*. Michigan Law Review, v. 86, n.04, Feb. 1988.

KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

LAHAV, Alexandra D. *Two Views of Class Action*. Fordham Law Review. n.79. New York: Fordham University, 2011.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

- LEMOS, Julia Coelho. A judicialização da saúde como um sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, São Paulo, n.21, p.22-33, mar./mai. 1994.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do Modelo Processual Rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: The Free Press, 1989.
- MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.
- MARINHO, Carolina Martins. *Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana*. 2018. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUEZINI, Paulo Roberto da Silva. *Técnicas de julgamento de causas repetitivas no direito brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sergio. Cumprimento das sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, v. 222, p. 41-64, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 211, p. 191-207, set. 2012.

MOREIRA, Egon Bockman; FERRARO. Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelo amicus: notas a partir e para além do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 68, jan. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos*. In: Temas de direito processual (Terceira Série), São Paulo, Saraiva, 1984.

MORI, Celso Cintra. A litispendência entre ações individuais e ações civis coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista do Advogado*, AASP, v. 25, n. 84. São Paulo, dez. 2005.

NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NORTH, Douglass C. *Institutions*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, no. 1., 1991.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 40-82, set.2011.

OLIVEIRA, Fernando Antônio. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: contexto, teoria e aplicação*. 2018. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo Código de Processo Civil: o incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez. *A coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Thais Hirata de. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos? Relendo a coletivização instrumentalmente*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as pesquisas Acadêmicas*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Crise do Processo de Execução. In: ASSIS, Araken de; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *O Processo de Execução: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PUGA, Mariela. La litis estrutural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo: projeto, pesquisa, redação e formatação*. São Paulo: Método, 2015.

RASCOVSKI, Luís. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e sua atuação na área da saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e acesso à Justiça: uma análise da reforma do Judiciário à luz de estudos de caso*. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas Adequadas à Litigiosidade Coletiva e Repetitiva. *Revista de Processo*, v. 259, setembro/2016.

ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER Jr., Fredie ; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.) *Grandes Temas do novo CPC - Julgamento de casos repetitivos*. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, v. 10, 2017.

SABATIER, Paul A. A need for Better Theories. In: SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2007.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. 2014. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed., Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen.Forense, 2 ed., 2012.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 81, Aug. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>>.

SALLES, Carlos Alberto de; COSTA, Susana Henriques da. *Processos Coletivos e controle judicial de políticas públicas: homenagem a Professora Ada Pellegrini Grinover*. No prelo.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna, CALMON, Petrônio; e QUARTIERI, Rita (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Class actions: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*, n.174. São Paulo, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. (Org.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As Grandes transformações do Processo Civil Brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: Novas técnicas decisórias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n.199, p. 13-40, set.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- SHIMURA, Sergio Seijii. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e cultura da litigância: a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto de Salles (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.
- TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e Litigiosidade: partes e instituições em conflito*. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- TALAMI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2. ed., 2017.
- TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 Harv, INT’L, L.J 189 (2012). In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Controle Judicial de Políticas Públicas: Sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 14, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: o que se pode aprender com a Experiência da Colômbia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloisa Machado de. Advocacia estratégica em direitos humanos: a experiência do Conectas. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 15, 2011. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/advocacia-estrategica-em-direitos-humanos/>>.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos, in MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 10 ed. rev. Atul. e ref., 2011.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e

WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2 ed.,2012.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, jul./set, 1992.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o direito fundamental à saúde: a experiência das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). *Judicialização da Saúde*. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

YARSHELL, Flavio Luiz. Observações a proposito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.) *Atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

YEAZELL, Stephen C. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case*. UCLA Law Review, vol. 25, 1977.

ZANETI JR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

ZANETI JR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvi; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O novo processo coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de

Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.