

DANIEL BATTAGLIA DE NUEVO CAMPOS

**Cumprimento de sentença no
controle judicial de políticas públicas**

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Doutor Walter Piva Rodrigues

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

DANIEL BATTAGLIA DE NUEVO CAMPOS

**Cumprimento de sentença no
controle judicial de políticas públicas**

Dissertação 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, área de concentração de Direito processual, sob a orientação do Professor Dr. WALTER PIVA RODRIGUES.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

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

Campos, Daniel Battaglia de Nuevo
Cumprimento de sentença no controle judicial de políticas públicas /
Daniel Battaglia de Nuevo Campos ; orientador Walter Piva Rodrigues --
São Paulo, 2018.
252 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito
Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Políticas públicas. 2. Direitos fundamentais sociais. 3. Controle
judicial de políticas públicas. 4. Cumprimento de sentença. 5.
Processos estruturais. I. Rodrigues, Walter Piva, orient. II. Título.

À banca examinadora:

Agradecimentos

Gostaria de agradecer, primeiramente, à minha família (avós, tios, pais, irmãos, madrastra, primos, sogros, cunhados, dentre outros) pelo apoio incondicional, por ter entendido minhas ausências e corriqueiras faltas de humor durante todo o período de cumprimento dos créditos do mestrado e da elaboração desta dissertação, que sempre ocorreram paralelamente à minha intensa atuação como advogado.

Por estarem do meu lado do começo ao fim, compartilhando minhas aflições diárias desde a inscrição no mestrado até o depósito desta dissertação (e com certeza até a realização da banca), devo agradecer com ênfase aos meus amigos e irmãos Frederico Sabbag Andrade Grilo, Matheus Carneiro Lima, André Gustavo Orthmann, Danthe Navarro, Marcos Vinícius Pinto, Mateus Castello Branco Almeida Bessa e Max Fernando Fischer. Obrigado por tudo, mesmo.

Agradeço enormemente ao meu orientador, Professor Doutor Walter Piva Rodrigues, por toda paciência, apoio e orientações à minha pesquisa. Agradeço também aos Professores Camilo Zufelato e Rodolfo de Camargo Mancuso pelas importantes observações feitas na banca de qualificação, que foram substanciais para o amadurecimento do trabalho.

Um agradecimento especial aqueles que me incentivaram a me inscrever no mestrado, no âmbito familiar, meu pai, Waldir Sebastião de Nuevo Campos Jr., e minha mãe, Marta Campos Battaglia. No ambiente acadêmico, tive como assíduos incentivadores o Professor Associado Paulo Henrique dos Santos Lucon e os doutores pela casa João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e Guilherme Recena Costa.

Agradeço aos meus amigos e irmãos de quase três décadas Rodrigo Rosa Provenza, Fabrício Sculli Provenza, Fábio Vieira Alves Pequeno, Kenzo Soares Sugawara e Alex Marini Aun, por melhorarem o meu humor durante o mestrado. Também agradeço aos amigos e irmãos que o direito me deu para a vida toda: Thiago Fernandes Chebatt, Rodrigo Faustino Fernandes, Thaís Carmo, Thiago Borges Marra, Gysela Müller, Roberto Rigato e Henrique

Petribu Faria. A simples existência destas amizades me fortaleceu demais nessa caminhada.

Pela amizade que nasceu em meio a essa jornada, com evidente e incondicional apoio ao meu mestrado, agradeço aos meus também amigos Giovani dos Santos Ravagnani, Caroline Narvaez Leite e Matheus Bene Cannizza pela força transmitida.

À Jú, amor para mais de uma vida. Do seu lado, tudo ficou mais fácil. Obrigado por sofrer meus sofrimentos, comemorar minhas conquistas e me dar o seu abraço nas horas difíceis. Isso foi essencial. Mais uma de suas provas de amor: nos finais de semana e feriados abrir o *laptop* ao meu lado, sem necessidade de trabalhar, apenas para estar ao meu lado. Que sorte tenho eu!

*“We are witnessing the emergence of a new model of civil litigation and, I believe, our traditional conception of adjudication and the assumptions upon which it is based provide increasingly unhelpful, indeed misleading framework for assessing either the workability or the legitimacy of the roles of judge and court within this model”. (Abram Chayes. *The role of the judge in public law litigation.*)*

Resumo

CAMPOS, Daniel Battaglia de Nuevo. *Cumprimento de sentença no controle judicial de políticas públicas*, 252 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente estudo tem por objetivo discutir o cumprimento de sentença no controle judicial de políticas públicas, como forma de demonstrar como é possível dar efetividade à sentença judicial que condena o Poder Público a implementar políticas públicas que visam a concretizar os direitos fundamentais sociais. A intenção precípua é a de demonstrar que os instrumentos executórios e coercitivos do processo tradicional (bipolar) não servem para o processo estrutural ou de interesse público (multipolar), por meio do qual se desenvolve o controle judicial de políticas públicas. Por essa razão, são propositadamente apresentados problemas que acentuam a diferença entre essas duas formas de processo, o que passa pela definição dos objetivos do Estado, a obrigatoriedade estatal de concretização dos direitos fundamentais sociais, a alegação estatal de limitação orçamentária, a legitimação do Judiciário para intervir em políticas públicas, a representação processual dos interesses coletivos, a multipolaridade de interesses envolvidos, a necessidade de democratização do processo (por meio da utilização de *amici curiae* e audiências públicas), a necessidade de um juiz que esteja inserido no contraditório (modelo de processo colaborativo), a natureza jurídica da condenação, a realização de um cumprimento de sentença dialogado e com a participação de todos os envolvidos, a definição participativa de um plano de ação a ser imposto ao Poder Público para cumprir a condenação judicial, a necessidade de flexibilização dos princípios da adstrição e da coisa julgada, a possibilidade da utilização pelo juiz de auxiliares para fiscalizar o cumprimento da condenação e a utilização de instrumentos coercitivos em casos extremos e apenas contra a pessoa dos agentes públicos (que manifestamente descumprem a decisão judicial). Ainda são feitos apontamentos sobre o Projeto de Lei 8.058/2014, que visa a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Política pública – Controle judicial – Processo estrutural – Processo de interesse público – Diálogo – Cumprimento de sentença – Projeto de Lei 8.058/2014.

Abstract

CAMPOS, Daniel Battaglia de Nuevo. *The procedure to enforce the award in the jurisdictional control of public policies*, 252 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The purpose of this study is to discuss the procedure to enforce the award in the jurisdictional control of public policies, as a way of demonstrating how to give effect to the judicial decision that orders the Public Administration to implement public policies aimed at realizing fundamental social rights. The main intention is to demonstrate that the enforcement and coercive tools of the traditional concept of adjudication (bipolar) do not serve for the structural or public law litigation (multipolar), through which judicial control of public policies occurs. For this reason, problems are deliberately presented in order to accentuate this difference between these two models of adjudication, which includes the definition of the State's objectives, the State's obligation to implement fundamental social rights, the State's claim of budgetary limitation, the legitimacy of the Judiciary to intervene in public policies, the representation of collective interests, the multipolarity of interests involved, the need to democratize the judicial procedure (using *amici curiae* and public hearings), the need for a judge to be part of the adversary (collaborative procedure model), the legal nature of the judgment, the accomplishment of a enforcement proceedings by dialogue and with the participation of all those involved, the shared definition of an action plan to be imposed on the Public Administration to comply with this kind of judicial decision, the need for relaxation of the principles of *stare decisis* and *res judicata*, the possibility of use of court auxiliaries to supervise compliance of the decision and the use of coercive tools only in extreme cases and only against the public agents (who manifestly non-compliances the judicial order). Notes are still made on Bill of Law 8.058/2014, which aims to institute a special procedure for the control and intervention in public policies by the Judiciary.

Keywords: Public policy – Judicial control – Structural litigation – Public law litigation – Dialogue – Judgment execution – Bill of Law 8058/2014.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO	19
1.1. Apresentação do tema e sua importância.....	19
1.2. Atuação do Poder Judiciário: limites e dificuldades.....	24
1.3. Desenvolvimento do argumento.....	27
CAPÍTULO 2: ASPECTOS DETERMINANTES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	31
2.1. As gerações dos direitos fundamentais.....	31
2.2. Direitos fundamentais sociais.....	37
2.2.1. Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais.....	40
2.3. Políticas públicas: fundamentos e implementação espontânea.....	46
2.3.1. O mínimo existencial, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais e a regra da proporcionalidade na formação das políticas públicas.....	51
2.3.2. Reserva do possível.....	58
2.3.3. Densidade das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais constitucionais, discricionariedade dos agentes públicos e a <i>justiciabilidade</i> dos direitos fundamentais sociais.....	63
2.4. Direitos fundamentais sociais como direitos difusos (metaindividuais).....	67
CAPÍTULO 3: PROCESSO JUDICIAL PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	71
3.1. Legitimação do Poder Judiciário para intervir na realização das políticas públicas.....	71
3.1.1. Hipóteses e momentos da intervenção judicial.....	79
3.2. Processo adequado.....	81
3.2.1. Processo multipolar e estrutural (ou de interesse público).....	83
3.2.2. A dificuldade na representação adequada dos interesses coletivos.....	89
3.2.3. Ampliação da cognição judicial e o modelo colaborativo.....	96
3.2.4. O novo CPC e o Projeto de Lei nº 8.058/2014.....	104
3.3. Controle judicial de políticas públicas como controle de constitucionalidade.....	112
3.3.1. Objeto do controle: leis e atos administrativos.....	117
3.4. Demandas coletivas.....	119
3.5. Demandas individuais e sua nocividade.....	123
3.6. Ações constitucionais.....	129

3.6.1. ADIs e ADECON.....	129
3.6.2. ADPF.....	136
3.6.3. Mandado de segurança coletivo.....	138
3.6.4. Mandado de injunção.....	141
3.6.5. Ação popular.....	142

CAPÍTULO 4: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS149

4.1. Nota introdutória ao capítulo.....	149
4.2. Condenação do Estado à obrigação de fazer: a decisão estrutural.....	150
4.3. Execução complexa: provimentos estruturais em cascata.....	153
4.3.1. O alcance dos provimentos estruturais em cascata.....	157
4.3.2. Execução participativa e negociada.....	159
4.3.3. Organização das fases do cumprimento de sentença e dos provimentos estruturais em cascata.....	163
4.3.4. Auxílio na condução e no controle do cumprimento da sentença.....	172
4.4. Razoabilidade e proporcionalidade.....	180
4.5. Flexibilização dos princípios da demanda (adstrição) e da coisa julgada.....	184
4.6. Alegação da reserva do possível como obstáculo para o cumprimento da condenação.....	190
4.7. Medidas coercitivas.....	196
4.7.1. Inadequação da aplicação de multa contra o Poder Público e do bloqueio de suas verbas.....	197
4.7.2. Aplicação de multa contra o agente público.....	199
4.7.3. Prisão do agente público.....	204
4.7.4. Responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa.....	208
4.7.5. Intervenção judicial.....	210
4.7.6. Bloqueio de verbas destinadas a fins secundários (uma possível exceção).....	211
4.8. Satisfação da tutela executiva e o diferimento temporal.....	213
4.9. Exemplos históricos que inspiraram a utilização de decisões estruturais e a respectiva forma de executá-las.....	217
4.9.1. O caso “ <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> ” (EUA).....	218
4.9.2 Reforma estrutural nas penitenciárias do Arkansas (EUA): o caso “Holt”.....	221
4.9.3 O caso “Mendoza” (Argentina).....	224

CAPÍTULO 5: CONCLUSÕES.....229

BIBLIOGRAFIA	237
---------------------------	-----

CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema e sua importância

A iniciativa ora proposta tem como objetivo precípua a pesquisa em torno do controle judicial de políticas públicas sob o enfoque do direito processual, em especial a fase de cumprimento de sentença. A intenção é destacar de que modo deve se dar a participação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Buscar-se-á apontar os principais institutos processuais que envolvem o tema, de modo a traçar parâmetros seguros para que o juiz execute suas decisões acerca de conflitos dessa natureza sob a ótica de um *processo socialmente efetivo*¹ e que tramite com a *razoável duração* garantida pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal e pelo art. 4º do Código de Processo Civil (2015).²

No momento histórico atual, o Poder Judiciário assume um papel de destaque no cenário político nacional, tendo de assegurar, diante da inércia ou da ineficácia de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, o Poder Judiciário brasileiro deixa de cumprir somente aquela função de resolver litígios individuais de caráter patrimonial e bipolar por meio de provocação das partes (processo tradicional), apresentando-se, agora, como um dos coautores dos objetivos do Estado brasileiro, por meio de uma atuação ativa em processos que alterarão determinadas estruturas dos Poderes Majoritários, em um processo em que os interesses são multipolares.

Contudo, tratando-se de uma nova função atribuída ao Poder Judiciário, ela tem sido realizada, ao menos por enquanto, sem

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

2. CF/1988, Art. 5º, inc. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. CPC/15, Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

parâmetros concretos para orientar o comportamento dos magistrados, postos diante da necessidade de decidir questões cujos reflexos atingem toda a sociedade.³

O instrumental legal e teórico desenvolvido para a solução de litígios de natureza patrimonial/individual não só é ineficaz para a solução desses novos conflitos de interesse público, como também se aplicado produz resultados indesejáveis. Uma das principais causas de desavenças entre os poderes estatais, por exemplo, decorre da falta ou da dificuldade de comunicação entre eles a respeito das expectativas e das limitações de cada um no que condiz à implementação de uma determinada política pública.

Um exemplo dessa falta de comunicação é o de que o Poder Judiciário, muitas vezes, profere decisão determinando que uma medida seja realizada para satisfazer certo direito fundamental sem ao menos conhecer as limitações orçamentárias do Poder Público e as nuances da realidade fática que deve ser constitucionalmente adequada. De outro lado, o Poder Público também se apresenta judicialmente com argumentos genéricos de que não há recursos financeiros para efetivação de determinada política pública, sem demonstrar, contudo, como efetivamente está aplicando todo o dinheiro arrecadado. Como consequência disso, a decisão judicial proferida se torna ineficaz – pois proferida fora da realidade – e o Poder Judiciário perde a legitimidade para atuar.⁴

Nesse contexto de evidente ausência de diálogo entre poderes, o tradicional processo de execução de natureza coercitiva e sub-rogatória não se amolda às características de um processo voltado a satisfação de direitos fundamentais.

A imposição de uma ordem judicial para cumprimento de uma determinada política pública acompanhada de multa contra o Estado para o caso de seu descumprimento não só é ineficaz como acaba implicando prejuízos para toda a população. Não dispondo de condições financeiras para a implementação da política pública, o Estado não só deixará de cumprir a ordem judicial, como ainda terá

³. GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 11.07.2016.

⁴. Idem.

de arcar com o pagamento dessa multa por meio da transposição de verba que seria utilizada para manter outra política pública tão importante quanto aquela buscada no processo judicial. Ou seja, tais medidas coercitivas, na verdade, têm efeito reverso em processos judiciais de tal natureza. Por isso, a lógica da execução sancionatória definitivamente não tem espaço nesse tipo de processo.

Exemplo de decisão paradigmática a respeito desse tema foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no final do ano de 2013.⁵ Nessa ocasião, o tribunal determinou que o município de São Paulo construísse até o final do ano de 2016, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas. Como destaca OSCAR VILHENA VIEIRA,⁶ a principal inovação dessa decisão não está na contundência da obrigação imposta ao Poder Executivo, mas sim na maneira pela qual o tribunal determinou que sua decisão fosse cumprida.

Os desembargadores decidiram inicialmente convocar uma audiência pública para melhor formar o seu convencimento a respeito do tema. Em seguida, tentou-se a conciliação entre as partes. Não tendo sido obtida a autocomposição, o Tribunal determinou então que a própria prefeitura elaborasse um plano específico, com prazo determinado para a criação dessas novas vagas. Trata-se, portanto, de uma decisão de natureza gerencial, dialogal e experimental e não meramente impositiva e unilateral.

Essa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em realidade, antecipa o que deve vir a se tornar realidade caso seja aprovado Projeto de Lei 8.058 de 2014 elaborado por uma comissão de juristas capitaneada por ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, que pretende instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma como feito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso paradigma, existe a previsão no referido projeto de lei de se “intimar a autoridade responsável pela

5. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), Câmara Especial, apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, Origem: Ação civil pública, Desembargador Relator SAMUEL ALVES DE MELO JR. (presidente da Seção de Direito Público), julgado em 16.12.2013.

6. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo judicial*. Maio/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>. Acesso em 10.5.2016, às 9h.

implementação da política pública em questão para que sejam apresentadas, por exemplo, informações sobre a existência de recursos financeiros previstos em seu orçamento para a implementação dessa política, ou então, a respeito do cronograma necessário a sua implementação (artigo 6º do PL)”.⁷ Da mesma forma, também existe a previsão no referido projeto de lei de se designar audiências públicas em que se promova o debate entre o juiz, especialistas na matéria, o próprio ente público e demais representantes da sociedade civil.

Nos termos de referido projeto, essa lógica de diálogo e colaboração deve ser utilizada no momento da execução da sentença, assim como fez o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os artigos de 17 a 20 do referido projeto de lei revelam expressamente a necessidade de se regular a forma de execução da sentença condenatória de obrigação de fazer proferida em desfavor do ente público.⁸

⁷. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 11.07.2016.

⁸. PL 8.058/2014: Art. 17. Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. II – determinar, se for o caso, ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida. Par. 1º – O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso, prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I; Par. 2º – O plano será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil; Par. 3º - Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º. Art. 18. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências. Parágrafo único - Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória. Art. 19. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou

A natureza jurídica desse novo processo de execução, marcado pelo diálogo e pela colaboração entre a sociedade civil, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que deixa de ter sua esfera patrimonial invadida de maneira abrupta, aproxima-se da controversa figura do negócio jurídico processual, embora parte da doutrina negue a aplicação desse instituto no âmbito do direito processual. Outra marca do processo de execução voltado a maior efetividade na implementação das políticas públicas tende a ser a sua flexibilidade, de modo que durante a execução o juiz possa adaptar os atos decisórios às particularidades do caso concreto e à eventual transformação das circunstâncias fáticas que envolvem a política pública em questão.⁹

Os métodos a serem utilizados para o desenvolvimento do trabalho serão a análise, comparação e tentativa de sistematização dos textos legais e doutrinários que tratem de questões relacionadas ao controle judicial de políticas públicas e ao processo de execução. No decorrer do estudo se apresentará extensa consulta aos repertórios de decisões dos tribunais. Em paralelo a essas investigações a serem realizadas, também se faz conveniente comparar o tratamento que a legislação brasileira dá ao tema com a solução adotada pelos

caso esta se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente. Art. 20. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão antecipatória, o juiz poderá aplicar medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

⁹. A respeito do tema, ver a síntese de OSVALDO CANELA JR.: “Após o trânsito em julgado da sentença, novos parâmetros deverão ser observados pelo Estado-juiz, agora fundamentados no comando judicial. O cumprimento de sentença significa o início da prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas, prevalecendo a análise temporal para a efetivação do provimento jurisdicional. Desta distinção resulta a conclusão de que o Poder Judiciário não poderá paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob o fundamento de que esbarra em limitações à efetivação do provimento jurisdicionado. O direito fundamental violado será declarado, mas na efetivação do provimento jurisdicional observar-se-ão as limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz. (...) A distinção ora proposta, por conseguinte, afasta a paralisação da atividade jurisdicional e enseja a vinculação do orçamento ao provimento jurisdicional no tempo. Admite, de outro vértice, que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social” (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 149 e ss.).

ordenamentos de outros países, com maior ênfase à experiência dos Tribunais dos Estados Unidos da América e da Argentina. Como já constatado pela doutrina, as ideias sobre o “controle jurisdicional de políticas públicas nada têm de só jabuticaba ou tupiniquim, bem ao contrário do que pensam os desavisados críticos”.¹⁰

Portanto, a importância no desenvolvimento do trabalho proposto reside na necessidade de se destacar e traçar parâmetros para um processo jurisdicional voltado à atuação e efetivação de direitos fundamentais. Faz-se premente a realização de um estudo aprofundado sobre o tema. Do exposto, destacam-se a *relevância*, a *atualidade* e a *conveniência* em desenvolver-se estudo mais apurado acerca do tema, o que justifica a escolha do tema para a elaboração da presente dissertação.

1.2. Atuação do Poder Judiciário: limites e dificuldades

O Poder Judiciário encontra barreiras e obstáculos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo quando uma política pública é objeto de processo judicial. Isso porque referidos poderes, sempre que podem, tentam obstruir o trabalho da Justiça, omitindo a saúde financeira do Estado para afirmar falta de recursos, além de se esconder atrás do argumento de independência e autonomia entre Poderes.

Os membros de referidos Poderes, por dependerem de eleição, usualmente utilizam do aparelho estatal para promoção pessoal ou partidária, destinando o dinheiro arrecadado para políticas públicas secundárias (reasfaltamento de vias de trânsito já existentes, propaganda institucional para fins inúteis, implementação de ciclofaixas, *etc.*) deixando de lado políticas públicas essenciais para a preservação da dignidade humana (saneamento básico, assistência à saúde, educação, *etc.*). Obviamente, essas barreiras e obstáculos são mais sentidos no momento da execução (ou do cumprimento) da sentença de obrigação de fazer, em que o Poder Público na maioria

¹⁰. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 11.07.2016.

das vezes age de forma a se esquivar do cumprimento da decisão judicial para privilegiar seus interesses pessoais e partidários.

Além dessas dificuldades, relevante ponderar que o Poder Judiciário brasileiro está atualmente inserido num contexto em que seus juízes estão soterrados de processos para julgar e, ao mesmo tempo, possuem metas e mais metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para encerrar um grande número de processos em um curtíssimo espaço de tempo. Como consequência lógica disso, para cumprir tais metas exigidas pelo CNJ, que interferem na carreira do magistrado, os juízes brasileiros acabam se afastando do cumprimento de sua principal função no processo: de trabalhar para a prolação de uma sentença justa e efetiva (e não para uma sentença rápida e que pouco condiz com a realidade das partes).

Por isso, afirma-se que os juízes serão aqueles que mais sentirão o impacto do modelo cooperativista que é exigido pelo Novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015 (“Novo CPC”), o qual prevê em seu art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, o que inclui o próprio magistrado. Isso, sem contar que o art. 139 de referido diploma legal ainda relaciona toda uma lista de obrigações do magistrado no que se refere a forma de conduzir o processo antes de proferir suas decisões devidamente motivadas.¹¹

¹¹. “O advento de um Novo Código de Processo Civil impacta na vida de todos. (...) Mas de todos esses talvez os que mais sentirão os impactos imediatos do sucesso ou o revés da novel legislação (e a felicidade ou a frustração em aplicá-lo) sejam os servidores da Justiça, entre os quais se incluem os juízes”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* / Vários autores, São Paulo: Atlas, 2015, p. 135). Confira-se o art. 139 do Novo CPC: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos

É claro que o novo diploma processual não pretende mudar a regra geral do sistema, mas quer se chamar a atenção para o fato de que o juiz também deve participar de forma efetiva na construção do processo, não devendo ser mero expectador do duelo travado pelas partes.¹² Contudo, diante de tantos processos para julgar e de tantas metas para cumprir, deve ser repensada a organização da Justiça brasileira, bem como a lógica utilizada pelo juiz para administrar o processo.

Essa preocupação não faz referência somente a conflito de interesses entre particulares, mas também ao processo que visa a dirimir conflitos de interesse público, quando se estão em jogo interesses coletivos e políticas públicas a cargo do Poder Público. Isso porque, como é notório, nessa hipótese de controle judicial de políticas públicas o juiz estará decidindo sobre os interesses da sociedade como um todo, atuando para concretizar os objetivos do Estado brasileira (CF, art. 3º). O juiz não estará mais decidindo meros conflitos particulares. Esse fato, conseqüentemente, múltipla os polos do processo, potencializa a complexidade da matéria do processo e aumenta a responsabilidade do juiz.

Como se verá nos Capítulos 3 e 4, as características do processo que visa ao controle judicial de políticas públicas só potencializa a necessidade e a obrigação de o juiz participar do processo ativamente, com o objetivo de buscar entender as questões que estão sendo debatidas pelas partes, oportunizando sempre que necessário os esclarecimentos tanto dos membros da sociedade como do próprio Poder Público.

Diante das dificuldades de efetivo conhecimento técnico a respeito da complexa matéria a ser decidida e de tempo para dar

processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - 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.

¹². Ao explicar o modelo cooperativista, FREDIE DIDIER JR. afirma justamente que “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”. (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*, Vol. 198, Ano 36, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, agosto de 2011, Coordenadora: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 211-212).

atenção integral a processo dessa magnitude, serão apresentadas soluções que a doutrina e a jurisprudência já deram ao tema, que vão desde o efetivo diálogo dos envolvidos (com a intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas) até a possibilidade de o juiz, na fase de cumprimento de sentença, se utilizar de administradores da execução do julgado (que podem ser grupos de trabalho com a participação de representantes de todos envolvidos) ou, em alguns casos mais extremos (que são a exceção), de interventores.

1.3. Desenvolvimento do argumento

Após este capítulo introdutório, no Capítulo 2, serão demonstrados os aspectos determinantes das políticas públicas, apresentando-se seu conceito, objetivos, formação espontânea pelo Poder Público, base constitucional, quem são seus agentes, os limites da atuação desses agentes e de que forma eles estão vinculados aos objetivos do Estado brasileiro na elaboração das políticas públicas. Em suma, serão apresentadas as prioridades constitucionais a serem seguidas pelo Poder Público na elaboração das políticas públicas, o que, casos não obedecidas, poderão ser levadas ao controle de constitucionalidade judicial.

Em momento mais avançado, no Capítulo 3, restará demonstrada a razão pela qual o Poder Judiciário está legitimado a realizar o controle judicial de políticas públicas, bem como em que hipóteses essa intervenção é possível. Também será demonstrado que o controle judicial de políticas públicas é realizado em demandas que visam a controlar a constitucionalidade ou legalidade das leis e dos atos administrativos, tendo em vista que a política pública é delineada pelo Poder Legislativo (leis) e depois executada pelo Poder Executivo (atos administrativos). Em referido capítulo ainda restará demonstrada a natureza desses procedimentos judiciais, os quais estarão lastreados no modelo precipuamente cooperativo e participativo, com a promoção do diálogo entre todos os envolvidos, o que inclui o juiz, o Poder Público e a sociedade civil. Nesse ponto, se demonstrará as características ideais do processo judicial que visa a controlar políticas públicas.

Em seguida virá o Capítulo 4, coração dessa dissertação, no qual será apresentado, em um primeiro momento, a forma como deve ser proferida a sentença nas demandas judiciais em que se exerce o controle de políticas públicas, bem como a importância de haver na sequência outros provimentos para a sua execução.

Como se verá no referido Capítulo 4, o entendimento é de que a sentença deve ser um provimento aberto, que fixe diretrizes para que, na fase de cumprimento de sentença, possa haver uma definição mais específica do plano de ação a ser seguido pelo Poder Público. Afinal, o juiz, por mais que possua todas as informações técnicas em mãos, não tem conhecimento suficiente (nem se espera isso dele) para organizá-las de modo a influir corretamente no plano da realidade. Se o juiz fixar critérios mais específicos na sentença a respeito do plano de ação a ser seguido pelo Poder Público, são grandes as chances de surtirem efeitos indesejados no plano da realidade. Obviamente, o juiz consegue identificar a violação do direito fundamental social, contudo, a sentença por ele proferida tem por objetivo reconstruir determinadas estruturas de Estado, de modo a ajustar as suas ações perante a sociedade e, por isso, a complexidade da matéria que foi decidida e a sua multipolaridade exige cautela e diálogo para a definir o plano de sua execução a ser exigido do Poder Público. É, por isso, que, depois da sentença, ouvidas as partes, outros provimentos deverão ser proferidos pelo juiz a respeito da forma que o Poder Público deverá cumprir a condenação à obrigação de fazer.

Em seguida, serão demonstrados os instrumentos que auxiliam a execução dessa condenação de obrigação de fazer por parte do juiz. Desde a forma de definição do plano de ação a ser seguido pelo Poder Público, até a fiscalização de seu cumprimento e as possíveis medidas coercitivas que podem ser tomadas.

Neste mesmo Capítulo 4, ainda se analisará a necessidade de flexibilização dos princípios da demanda (ou da adstrição)¹³ e da

¹³. Como se verá nos Capítulos 3 e 4, os autores das demandas nesse tipo de processo, em razão da complexidade da matéria e do provável desconhecimento de técnicas e interesses envolvidos (que serão descobertos na fase de conhecimento e no cumprimento de sentença, diante de um diálogo efetivo entre todos os envolvidos), nem sempre conseguirão formular os pedidos que se consubstanciam as melhores formas de adequar a conduta do Poder Público. Por isso, para que se tenha um processo *socialmente efetivo*, que altere adequadamente a estrutura de Estado, a sentença nem sempre deverá ficar adstrita aos limites do pedido do autor.

coisa julgada¹⁴, a fim de que o procedimento executivo possua plasticidade, para que seja efetivo e ajuste, da forma constitucionalmente exigida, o contexto social que está sofrendo intervenção.

¹⁴. Conforme se analisará, a sociedade sofre mutações constantes. Por isso, a sentença proferida nesse tipo de processo sempre correrá o risco de fixar parâmetros que não mais condizem com a realidade do setor social que sofrerá intervenção ou até mesmo pode não considerar novas técnicas desenvolvidas pelo Poder Público para a política pública em questão. Por isso, como se verá, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ser sopesado qual princípio constitucional possui mais relevância nesses casos: o princípio constitucional da coisa julgada ou o do cumprimento dos objetivos do Estado, o qual tem por objetivo conceder condições para o exercício de uma vida digna pelos indivíduos (CF, art. 3º), por meio da realização dos direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º).

CAPÍTULO 2: ASPECTOS DETERMINANTES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O objetivo deste Capítulo, como o próprio nome já adianta, é o de analisar os aspectos determinantes das políticas públicas. Por isso, serão demonstrados a seguir: I) a evolução histórica dos direitos fundamentais; II) as características dos direitos fundamentais tutelados por meio da implementação de políticas públicas (sociais e difusos); III) o conceito do “mínimo existencial” que representa as políticas públicas que devem ser implementadas de maneira prioritária pelo Estado; IV) o conceito de reserva do possível (recursos públicos supostamente escassos para implementação de todas as políticas públicas tidas por prioritárias pela Constituição Federal); e V) a forma de elaboração e implementação espontânea das políticas públicas por parte da Administração Pública em sentido lato (Poderes Legislativo e Executivo).

Como é notório pelo título da presente dissertação, defende-se aqui que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, é corresponsável pela efetivação das políticas públicas por ocasião da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo ou por ocasião da deficiente implementação das políticas públicas por parte de tais Poderes de Estado, conforme o conceito definido por OSVALDO CANELA JR.¹⁵ e MARIA PAULA DALLARI BUCCI¹⁶. Por isso, o Capítulo 3 será complementar a este Capítulo 2, tendo em vista que ali se demonstrará tanto a legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle das políticas públicas, bem como as características do processo judicial adequado em que tal controle se exercerá.

2.1. As gerações dos direitos fundamentais

A *primeira geração*¹⁷ de direitos fundamentais surgiu por

¹⁵. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

¹⁶. 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. 39.

¹⁷. É sabido que a doutrina se utiliza de 2 (dois) termos diferentes para classificar os direitos fundamentais: *gerações* ou *dimensões*. Alguns autores não gostam do termo *gerações*, pois

ocasião do liberalismo, movimento político decorrente das ideias iluministas da Revolução Francesa (1789-1799), com o objetivo de proteger os cidadãos da ingerência do Estado, pregando a liberdade individual e o igualitarismo.¹⁸ Tais direitos nasceram de uma aversão da sociedade ao modelo Absolutista (*Ancien Régime*), no qual as leis e as decisões judiciais decorriam unicamente do interesse e da arbitrariedade do poder centralizado do rei.¹⁹

Nesse contexto, objetivou-se então enfraquecer o Estado como um todo, descentralizando-se o seu poder e criando-se *liberdades negativas* que se consubstanciavam em uma abstenção do Estado na fruição da liberdade pelos cidadãos. É nesse momento que também surge a teoria de MONTESQUIEU, o qual afirmou que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) deveriam ser independentes e autônomos entre si.²⁰

Como ensina PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS, além das liberdades negativas, os direitos fundamentais de *primeira geração* também abrangem os direitos políticos, denominados de *liberdades-participação*. Essas *liberdades-participação*, como aponta o autor, tem por objetivo possibilitar ao indivíduo que “participe, efetivamente, do processo político do Estado a que esteja vinculado, não só por meio do exercício do voto e dos demais mecanismos de participação, mas também se candidatando a ser um representante do povo na condução daquele mesmo Estado”.²¹

Esse é o modelo de Estado Liberal, o qual privilegiava e protegia a liberdade de expressão, direitos civis, liberdade de

poderia passar a impressão que na evolução histórica os direitos de cada geração direito não se somariam, mas se substituiriam. Neste trabalho, diante dessa observação e como há um tópico para demonstrar a evolução dos direitos fundamentais, adotar-se-á, sem prejuízo, o termo *gerações*, uma vez que na exposição realizada a seguir ficará claro que os direitos fundamentais das três gerações não substituem um ao outro, mas se somam.

¹⁸. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172-175.

¹⁹. SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005), p. 541-558.

²⁰. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução CRISTINA MURACHO, São Paulo: Martins Fontes, 1996 – (Paidéia). Como se verá no Capítulo 3, a teoria de Montesquieu é utilizada de maneira indevida pelos representantes do Poder Executivo e Legislativo, com o objetivo de evitar a ingerência do Poder Judiciário em suas atividades.

²¹. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 312.

imprensa, liberdade religiosa, eleições democráticas, propriedade privada, liberdade econômica, liberdade de reunião e associação, *etc.* Tais liberdades, criadas a partir da ideia de não ingerência do Estado na vida dos cidadãos, ficaram conhecidas como as já referidas “liberdades negativas” ou, ainda, como “liberdades públicas” (incluídos em tais conceitos as *liberdades-participação*).²²

No modelo de Estado Liberal, os juízes já não mais respondiam aos interesses de um rei e passaram a ser considerados “*la bouche de la loi*” (“a boca da lei”). Isso porque deveriam em suas decisões preservar exatamente os termos da lei geral e abstrata elaborada pelo Poder Legislativo (eleito pelo povo), sem qualquer margem para interpretação, uma vez que a lei deveria ser aplicada igualmente a todos, sem que fossem objeto de arbitrariedades e influenciadas por determinados interesses escusos. Ou seja, os juízes foram submetidos ao império da lei.²³

Diante da falta de ingerência do Estado na vida social e da liberdade nas relações entre os indivíduos, passaram então a surgir abusos por parte daqueles que detinham o Poder Econômico, mais especificamente por ocasião da Revolução Industrial. Isso porque, diante da revolução tecnológica nas fábricas, as pessoas passaram a ser substituídas por máquinas. Num Estado Liberal que pregava a livre contratação, as pessoas, que foram substituídas pelas máquinas, tinham que aceitar qualquer tipo de emprego, ainda que em condições degradantes, por qualquer preço e em qualquer idade. Caso contrário, não teriam outro emprego e, conseqüentemente, não teriam condições mínimas de subsistir.

Nesse contexto, em que pai, mãe e até mesmo os filhos se sujeitavam a empregos degradantes, praticamente sem remuneração, alastrou-se a miséria, a fome e a desigualdade social, fazendo surgir uma massa de pessoas, aqui obviamente incluídos os trabalhadores,

²². Como consigna VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “esses direitos de primeira geração não incluíam somente as liberdades públicas, ainda que se dê sempre maior ênfase a elas. Outros dois aspectos fundamentais de teorias contratualistas, especialmente na versão de Rousseau, também devem ser inseridos nessa primeira geração: o direito à segurança e o direito à participação política” (A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, 2005, p. 547).

²³. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 126.

que precisavam de proteção por parte do Estado.²⁴ Nessa época, importante lembrar, o Estado sofria forte influência daqueles que detinham Poder Econômico, os únicos que detinham condições reais de ter acesso à política.

Em um cenário como esse, em que as pessoas tinham que se submeter a trabalhos degradantes para efetivamente sobreviver, ficou evidente que, diante de gritantes desigualdades, as *liberdades negativas* ou *públicas* tinham passado a ser consideradas como liberdades meramente formais, sendo que “somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudessem exercê-las”. Em outras palavras, passou a ficar evidente que as *liberdades negativas* ou *públicas* (direitos fundamentais de primeira geração) “não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto”.²⁵

Como ensina PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS, “o direito de propriedade nada significa, por exemplo, para quem ainda sequer consegue alimentar-se ou vestir adequadamente”.²⁶ No mesmo sentido, CARLO CARDIA afirma que de nada adianta direitos fundamentais individuais garantidos (p.ex. a liberdade) se não forem garantidos os direitos fundamentais sociais (p.ex. saúde, moradia, saneamento público, etc.).²⁷

Assim, diante da necessidade de uma mudança, os cidadãos passaram a se unir em movimentos sociais (e socialistas),

²⁴. “Ao mesmo tempo que a população crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos aos donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmo para ter o pão de que viver. As máquinas, por fazerem o serviço anterior de muitas pessoas, aumentavam os braços disponíveis para um mercado de trabalho que crescia menos rapidamente do que as disponibilidades. A concorrência pelo emprego forçava o desempregado a aceitar salários ínfimos para tempo de serviço longo. Forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria também acrescida, e muito, da maioria. A necessidade proteção do economicamente fraco, por intermédio do Estado, foi, assim, ganhando a opinião pública” (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289).

²⁵. SILVA, Virgílio Afonso. *A evolução dos direitos fundamentais*. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005), p. 548.

²⁶. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 312.

²⁷. CARDIA, Carlo. *Genesi del diritti umani*. 2ª Ed., Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 76-84.

principalmente por meio de sindicatos, para influenciar a política de Estado, exigindo deste não mais somente atitudes negativas (ou abstenções), mas também prestações positivas para proteger a população dos abusos e explorações do poder econômico.

Nas palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a partir daí, “ao lado de direitos que impunham ao Estado limitações, que lhe determinavam abstenção: *não fazer*, foram reconhecidos direitos a prestações positivas do Estado, que se vê obrigado, não raro, a criar serviços públicos para atendê-los”.²⁸

No mesmo sentido, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS confirma que “é indispensável, portanto, que o Estado consagre um conjunto de direitos fundamentais destinados justamente à obtenção, tanto quanto possível, da desejada igualdade material entre as pessoas”.²⁹

Como ensinou ADA PELLEGRINI GRINOVER, “ao dever de abstenção do Estado substituiu-se seu dever a um *dare, facere* e *prestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos”.³⁰

Com isso, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, surgiram os direitos fundamentais de *segunda geração*, denominados de direitos sociais e econômicos, que acabaram por ser consagrados primeiramente na Constituição de Weimar em 1919 e teve seu apogeu no pós-guerra, como, por exemplo, na Constituição espanhola de 1931. Nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET, as ideias que concebem tais direitos:

apresentam, como ponto comum, as noções de um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em

²⁸. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 290.

²⁹. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 312.

³⁰. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 126.

sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna.³¹

Como se analisará nos próximos itens deste Capítulo, a implementação de políticas públicas visa a justamente cumprir e assegurar esses direitos fundamentais de *segunda geração*, pois é por intermédio delas que o Estado passa a ter uma atuação positiva e prestadora.

Em evolução histórica do Século XX, no período pós-guerras mundiais, ao mundo foram reveladas atrocidades humanitárias, como o holocausto, e também o aumento significativo da exploração ambiental para a produção industrial que se intensificara. Assim, surgiram os direitos de *solidariedade* (ou fraternidade), que foram chamados de direitos fundamentais de *terceira geração*, fundados nos conceitos de direito à paz, aos direitos humanos, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente.³² Tais direitos também são denominados difusos, pois eles:

impõem o dever de respeito aos direitos fundamentais da pessoa encarada como espécie, e não mais como indivíduo ou categoria social a ser amparada. Em outras palavras, são direitos cuja titularidade é difusa, de toda a sociedade humana.³³

Como se verá a seguir, esses direitos de *terceira geração* também fazem parte das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, pois também dependem de uma ação estatal para a sua realização e materialização.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA conclui que, diante do surgimento dessa *terceira geração* de direitos fundamentais, firmaram-se finalmente os 3 (três) pilares da Revolução Francesa

³¹. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1, Salvador: CAJ- Centro de Atualização Jurídica, 2001, p. 3-4.

³². SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005), p. 551-552.

³³. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012, p. 313.

(Liberdade, Igualdade e Fraternidade): “enquanto as liberdades públicas realizariam a liberdade e os direitos sociais, a igualdade, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a fraternidade”.³⁴

Feita essa breve demonstração sobre a evolução dos direitos fundamentais (com as suas três gerações) e dos modelos de Estado que representam (que explicam a evolução histórica sobre a necessidade de implementação de políticas públicas para a garantia do exercício de uma vida digna pelos indivíduos), passa-se agora a caracterização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988, que serão tutelados prioritariamente pelo Estado brasileiro por meio da implementação das chamadas políticas públicas.

2.2. Direitos fundamentais sociais

Como visto no item 2.1, os direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de *segunda geração*) são aqueles que devem ser tutelados pelo Estado por meio de ações positivas ou prestativas, cujo objetivo é garantir aos cidadãos a possibilidade material de usufruir das ditas *liberdades negativas* ou *públicas* (direitos fundamentais de *primeira geração*). Para que isso aconteça, é necessário que o Estado, por meio de tais ações que são constitucionalmente obrigatórias, garanta condições de vida digna aos indivíduos, promovendo o acesso à saúde, ao saneamento básico, à moradia, à educação, ao lazer e à segurança pública.

As primeiras Constituições brasileiras, promulgadas nos anos de 1934, 1937 e 1946, previram os direitos sociais somente em meras “normas programáticas, que apenas fixavam objetivos a serem perseguidos, sem a possibilidade de que sua concretização fosse diretamente exigida do Estado”.³⁵

Os direitos sociais somente vieram a ser efetivamente afirmados no Brasil por ocasião da promulgação da Constituição

³⁴. SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005), p. 551.

³⁵. LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo em 2012, p. 16.

Federal de 1988, com a efetiva participação popular quando da Assembleia Nacional Constituinte. Foi nesse momento que, pela primeira vez, tais direitos foram afirmados no Brasil como fundamentais, de aplicação imediata e como parte dos objetivos fundamentais do Estado (Democrático de Direito).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 nasceu com a previsão expressa sobre quais eram os direitos e garantias fundamentais, inclusive apontando expressamente quais são os direitos fundamentais sociais. Mais especificamente, em seu art. 6º, inserido no título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), a Constituição previu (e ainda prevê) que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

A realização e a promoção desses direitos fundamentais sociais claramente estão inseridas nos fundamentos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro nos termos dos arts. 1º e 3º da Constituição, os quais preveem:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento social; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante de tais previsões, ao vincular os objetivos do Estado à efetivação dos direitos fundamentais sociais, a Constituição de 1988

concedeu direitos subjetivos aos cidadãos e criou obrigações ao Estado.³⁶ Ou seja, os cidadãos viraram credores do Estado, que passou a lhes dever as ações positivas necessárias para garantir tais direitos fundamentais. A aplicabilidade imediata de referidos direitos, e conseqüentemente a sua exigibilidade perante o Estado, restou prevista no art. 5º, §1º da Constituição, o qual prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os direitos fundamentais sociais, por estarem previstos em normas constitucionais, são efetivos direitos subjetivos constitucionais. Por isso, como será estudado de forma mais detalhada no item 2.3.3 e no Capítulo 3, em caso de violação ou lesão, surge ao titular uma pretensão a ser exercida por meio de ação perante o Poder Judiciário.³⁷ Tratando-se de direitos constitucionais violados, essa ação judicial que visa tutelar um direito fundamental social será exercida por meio das diversas modalidades do controle de constitucionalidade, o que também será melhor estudado no Capítulo 3.

Obviamente, a institucionalização estatal dos direitos fundamentais sociais por meio da Constituição Federal acaba por vincular a forma de atuação de todos os Poderes. Assim, por ser objetivo do Estado promover-los, a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo terá que ser pautada, respectivamente, na elaboração e implementação espontânea de políticas públicas que visem a dar efetividade a tais direitos fundamentais sociais.³⁸ A forma de elaboração e implementação de políticas públicas por tais poderes será analisada mais à frente no item 2.3.

Nesse cenário em que os direitos fundamentais sociais são efetivados por meio de políticas públicas que visam ao cumprimento de normas constitucionais, as quais se violadas ou mal aplicadas geram ao indivíduo uma pretensão a ser exercida por meio de uma

³⁶. “A Constituição, portanto, vincula o Estado à efetivação dos direitos fundamentais, surgindo deste vínculo uma situação jurídica. Decorre desta afirmação que entre o Estado e o titular dos direitos fundamentais uma relação jurídica de direito público. Para Niklas Luhmann, a relação existente é obrigacional, na qual o cidadão é titular de um direito subjetivo, e o Estado, o sujeito desta obrigação”. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149 e 232).

³⁷. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. Op. cit., p. 41.

³⁸. Idem.

ação judicial, é que nasce o chamado controle judicial de políticas públicas, cujos procedimentos e limites serão melhor analisados nos Capítulos 3 e 4.

2.2.1. Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais

A doutrina rotineiramente debate a conceituação de eficácia e efetividade das normas constitucionais que preveem os direitos fundamentais. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. ensina que a norma que possui *eficácia* é aquela que tem condições, ou está apta, para atuar no plano da realidade, produzindo efeitos concretos.³⁹ Em complemento, LUÍS ROBERTO BARROSO ensina que a norma eficaz somente passa a ter *efetividade* quando o direito nela previsto é realizado ou concretizado no mundo dos fatos.⁴⁰

É relevante a conceituação da *eficácia* e da *efetividade* das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais sociais, pois há hipóteses em que tais direitos estão previstos em normas que possuem *eficácia*, mas que não possuem *efetividade*, uma vez que não foram concretizadas por ações positivas do Estado, mesmo que estejam aptas a produzir efeitos no plano da realidade.

Aliás, é justamente esse debate que interessa ao presente trabalho, que estuda as hipóteses em que o Poder Público deveria dar efetividade obrigatória a determinadas normas de direitos fundamentais sociais, mas não o fez ou não o fez adequadamente, sendo a questão, então, judicializada.

No plano da *eficácia*, a doutrina possui relevante debate sobre a classificação das normas constitucionais. Esse debate cinge-se especificamente em classificar os graus de aptidão que as normas constitucionais possuem para serem aplicadas e produzirem efeitos

³⁹. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 181.

⁴⁰. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, p. 85. Em seu curso de direito constitucional, esmiuçando o conceito de efetividade, LUIS ROBERTO BARROSO ainda complementa que a “efetividade, em suma significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255).

no mundo dos fatos sem a necessidade da integração por parte do legislador ordinário ou infraconstitucional.

Em outras palavras, a doutrina busca delimitar quais são as normas constitucionais que a ação estatal (positiva ou negativa) que visa a sua efetividade não dependerá da prévia integração do legislador ordinário (normas auto-executáveis) e quais as normas constitucionais que, para que o Estado possa lhe dar efetividade, demandariam de uma integração do legislador ordinário para possibilitar sua execução (normas não auto-executáveis).

Sobre essa questão, a conceituação *clássica* e mais aceita pela doutrina é a de JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁴¹ o qual classifica as normas constitucionais em: (i) de eficácia plena; (ii) de eficácia contida; e (iii) de eficácia limitada.

As normas constitucionais de *eficácia plena* seriam aquelas “que, desde a entrada em vigor da constituição (...) têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.⁴² As normas de *eficácia contida*, por sua vez, são aquelas “em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público”.⁴³ As normas de *eficácia limitada*, por sua vez, seriam aquelas de cunho institutivo, programático e organizativo que necessitam para sua efetiva aplicação da integração pelo legislador infraconstitucional.⁴⁴

Como pondera o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA, ainda que essa seja a classificação mais aceita, “nem as normas ditas autoaplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária”.⁴⁵ A respeito das normas de eficácia plena, o

⁴¹. Os raros autores que criticam a classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua maioria, fazem observações que, na essência, não são relevantes para dissecá-las para os fins deste trabalho.

⁴². SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101-102.

⁴³. *Ibidem*, p. 116.

⁴⁴. *Ibidem*, p. 117.

⁴⁵. *Ibidem*, p. 75-76.

autor complementa que, ainda que estejam mais próximas da aplicação direta no mundo dos fatos por ações ou abstenções estatais, ainda assim precisam de uma integração pelo legislador ordinário, uma vez que, “em verdade, não pode o constituinte regular tudo diretamente, nem é oportuno que o faça”, até mesmo porque não conseguirá abarcar todas as hipóteses fáticas possíveis.⁴⁶

Tanto é assim que, a esse respeito, o autor ainda conclui que as normas que preveem as já mencionadas liberdades negativas são as que mais se encaixam no conceito de norma de eficácia plena e autoaplicáveis, pois presumem apenas uma abstenção do Estado e não a necessidade da implementação de um plano de ação para dar efetividade à norma.⁴⁷

A respeito dos direitos fundamentais sociais, por estes necessitarem de uma ação estatal positiva para sua efetivação, tanto por parte do Legislativo como do Executivo, parte da doutrina classifica genericamente as normas que os preveem como de eficácia limitada e programática.⁴⁸

Contudo, a Constituição de 1988 prevê 2 (duas) modalidades de normas que preveem direitos fundamentais sociais: (i) aquelas que definem quais são os direitos fundamentais sociais em que se fundam o Estado brasileiro; e (ii) aquelas que integram essa definição de direitos fundamentais sociais, dando diretrizes ao Estado para que este, por meio do legislador ordinário e do administrador público, criem e implementem os planos de ação positiva que terão por objetivo para dar efetividade espontânea a tais direitos fundamentais sociais.

A esse respeito, OSVALDO CANELA JR. ensina que as normas constitucionais que definem e asseguram os direitos fundamentais sociais possuem sim eficácia plena e aplicação imediata, pois visam somente a reproduzir, de forma imediata, os parâmetros éticos de referência em que se fundam o Estado brasileiro, da cidadania e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e III). Por isso que, nos termos do §1º, art. 5º, da própria Constituição Federal, referidas

⁴⁶. Ibidem, 1998, p. 94.

⁴⁷. Ibidem, p. 101-102.

⁴⁸. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2011, São Paulo: Malheiros, p. 249.

normas possuem aplicabilidade imediata. Assim, segundo o autor, somente as normas integradoras dessa definição, por serem meras diretrizes para que o Estado cumpra seus objetivos (CF, art. 3º), que ainda necessitam de intervenção do legislador ordinário, que possuem eficácia limitada e cunho programático. Nas palavras do autor:

O direito fundamental assegurado não se confunde com os mecanismos que o Estado elegerá para a sua satisfação espontânea. Os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos erigidos ao nível internacional para a proteção da dignidade humana, positivados em uma Constituição. Tais direitos subjetivos geram para o seu titular o poder de pleitear a sua satisfação contra o Estado, ou até mesmo em face do particular. (...) Aquilo que se convencionou de chamar de normas programáticas refere-se, a nosso ver, às normas vinculadas aos objetivos a serem alcançados pelo Estado, por meio de programas articulados por intermédio das políticas públicas. A norma integradora, portanto, não se destina a garantir eficácia do direito fundamental social, mas a capacitar o Estado à sua satisfação espontânea. São direitos imediatamente exigíveis do Estado pela via jurisdicional.⁴⁹

Em conclusão a essa observação, o autor ainda afirma que os direitos fundamentais sociais são aqueles direitos subjetivos previstos no art. 6º da Constituição de 1988, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo somente aquelas normas do Título VIII, que preveem instrumentos de aplicação desses direitos fundamentais sociais, que “detêm a força principiológica das normas programáticas e dependem de normas integradoras. Representam a iniciativa estatal de satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais, mas não vinculam a sua eficácia”.⁵⁰

⁴⁹. CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62-63.

⁵⁰. *Ibidem*, p. 63.

Com efeito, as normas do Título VIII da Constituição de 1988 são aquelas que preveem diretrizes e instrumentos para a materialização dos direitos fundamentais, por exemplo, dos direitos à saúde e à educação. São essas normas que necessitam de integração pelo legislador infraconstitucional. Os direitos fundamentais sociais, como dito, já estão definidos e garantidos de forma plena no art. 6º, sendo que tal garantia não precisa de normas infraconstitucionais para deter eficácia plena e aplicação imediata, mas depende das normas programáticas para guiarem a ação estatal espontânea que lhe dará efetividade no mundo dos fatos.⁵¹

Nesse sentido, os arts. 196 a 200 da Constituição Federal, constantes do Título VIII, chegam a fazer previsões sobre a forma como o Estado garantirá o acesso da população à saúde, especificando a relação que deve haver entre os entes federativos ao tratarem do tema, a destinação e rateio de verbas oriunda de impostos, bem como a possibilidade de a iniciativa privada, de forma complementar, também prover a assistência à saúde, dentre outros assuntos. Ou seja, são normas constitucionais integradoras do direito fundamental social à saúde, definido e garantido no art. 6º, que ainda devem ser integradas pelo legislador ordinário para que sejam efetivadas no mundo fático, pois são meras diretrizes para a implementação dos planos de ação pelo Estado.

Um exemplo disso são o §5º do art. 198 e o §4º do art. 199 da Constituição. Isso porque tais dispositivos, por mais que tratem de temas específicos do direito à saúde, ainda assim necessitam de uma integração infraconstitucional e, por isso, preveem, respectivamente, que o legislador ordinário disporá “sobre o regime jurídico e regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias” e sobre as condições e requisitos

⁵¹. Importante, aqui, mencionar que, apesar de raro, ainda assim é possível localizar, dentre as normas do Título VIII da Constituição Federal, algumas possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata que visam a assegurar a dignidade humana. Nesse sentido, o inc. I do art. 208 e o §2º do art. 210 da Constituição deteriam eficácia plena e imediata aplicabilidade, uma vez que preveem, respectivamente, a obrigatoriedade de gratuidade do ensino médio e a ministração das aulas em português no ensino fundamental regular. No mesmo sentido é o art. 230, §2º da Constituição aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos a gratuidade dos transportes coletivos e urbanos. Assim, ainda que necessitem de ações estatais que instituem o sistema educacional no país para deter a tão buscada efetividade, a aplicabilidade da norma é imediata e a sua eficácia é plena.

para remoção de órgãos e transfusão de sangue.⁵²

No mesmo sentido, as normas constitucionais programáticas que preveem a consecução do direito à educação, ainda que mais detalhistas do que as do direito à saúde, também necessitam de complementação pelo legislador ordinário. Com efeito, os arts. 205 a 214 da Constituição de 1988 chegam a fazer previsões com certo grau de detalhamento sobre a distribuição de recursos públicos para a educação, as competências dos entes federativos, a necessidade de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, a forma como determinadas matérias devem ser ministradas, idades que devem ser atendidas em creche e pré-escola, dentre outros assuntos, porém, mesmo assim, tais normas também necessitam de integração.⁵³

O exemplo emblemático é o art. 214 e seus incisos que preveem que a lei ordinária estabelecerá o plano nacional de educação, com o objetivo de erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino, formar para o trabalho, além da promoção humanística, científica e tecnológica do país.⁵⁴⁻⁵⁵

⁵². CF/1988. Art. 198, §5º. Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. Art. 199, §4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁵³. Importante, aqui, mencionar que, apesar de raro, é possível localizar, dentre as normas programáticas, algumas que possuam eficácia plena e aplicabilidade imediata. Nesse sentido, o inc. I do art. 208 e o §2º do art. 210 da Constituição deteriam eficácia plena e imediata aplicabilidade, uma vez que preveem, respectivamente, a obrigatoriedade de gratuidade do ensino médio e a ministração das aulas em português no ensino fundamental regular. Assim, ainda que necessitem de ações estatais que instituem o sistema educacional no país para deter a tão buscada efetividade, a aplicabilidade da norma é imediata e a sua eficácia é plena.

⁵⁴. CF/1988, Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Em síntese, não há dúvida que há normas constitucionais que preveem direitos fundamentais sociais de eficácia plena e aplicabilidade imediata (normas definidoras e garantidoras) e outras de eficácia limitada e de cunho programático (normas diretrizes). Contudo, uma coisa é comum a todas elas: necessitam de ações positivas do Legislativo e do Executivo para possuir a tão buscada *efetividade* (ou materialização no plano da realidade).

Como se analisará no item 2.3.1, o Poder Público (Legislativo e Executivo), por ocasião do cumprimento espontâneo dessas suas obrigações positivas previstas na Constituição (cf. item 2.3), deve dar prioridade à consecução de algumas dessas normas que preveem direitos fundamentais sociais, aplicando-se o conceito de *mínimo existencial*.

Como adiantado no capítulo introdutório, é nesse ponto de dar efetividade às normas constitucionais, que preveem direito fundamentais sociais, fundadas no mínimo existencial, que os Poderes Legislativo e Executivo têm pecado, cabendo ao Poder Judiciário um novo papel de equacionar esse problema.

2.3. Políticas públicas: fundamentos e implementação espontânea

Como explicado no item 2.2.1, para que as normas constitucionais de direitos fundamentais sociais saiam do plano da eficácia e sejam materializadas no mundo dos fatos (ganhando *efetividade*), são necessárias ações positivas do Estado, por meio da formulação de políticas públicas que visem à implementação de serviços nas áreas da saúde, trabalho, educação, previdência, moradia, dentre outros direitos fundamentais sociais.⁵⁶⁻⁵⁷

Nesse sentido, MARIA PAULA DALLARI BUCCI ensina que a existência dos direitos sociais é o fundamento mediato que justifica as políticas públicas, as quais se legitimam pelo convencimento da

⁵⁵. Atualmente, a Lei Federal n. 13.005/2014 é a que prevê o Plano Nacional de Educação, que deve ser instituindo para o período de dez anos.

⁵⁶. FERREIRA, Daniel; DENCZUK, Tatiana. A quem aproveita, afinal, a judicialização de políticas públicas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais? In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, ReDac 22, 2016, p. 16.

⁵⁷. DWORKIN, Ronald Myles. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ed. Ariel, S.A., 2012, p. 32.

sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos fundamentais de segunda geração.⁵⁸ Não à toa, DANIEL FERREIRA e TATIANA DENCZUK complementam esse entendimento afirmando que, a partir desse convencimento da coletividade sobre a necessidade de realizar tais direitos, as políticas públicas são encaradas como *construções participativas*, sendo resultado de uma dinâmica que se estabelece entre classes sociais, grupos econômicos e políticos, dentre outras organizações da sociedade civil.⁵⁹

Ao tentar classificar as políticas públicas para o Direito, MARIA PAULA DALLARI BUCCI afirma que elas não podem ser tidas como normas. Isso porque as normas possuem como características a generalidade e abstração (“sem endereço certo”), enquanto que as políticas públicas nascem com uma *finalidade definida* ou *objetivos determinados* (“com endereço certo”).⁶⁰ Nesse contexto, em uma análise estrutural, a autora conclui que as políticas públicas são “programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto”.⁶¹

OSVALDO CANELA JR., ainda a esse respeito, afirma que, ainda que os direitos sociais sejam de fruição do indivíduo, “a política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público” que está delineado nos objetivos do Estado brasileiro definidos no art. 3º da Constituição Federal.⁶²

⁵⁸. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

⁵⁹. “Nessa seara, as políticas públicas podem ser também encaradas como construções participativas, que nascem do anseio de uma coletividade e que envolvem o Estado, que permite tornar efetivos os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal”. (A quem aproveita, afinal, a judicialização de políticas públicas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais?, 2016, p. 17). MARIA PAULA DALLARI BUCCI utiliza-se de expressão semelhante para definir políticas públicas, qual seja, “metas coletivas conscientes” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241).

⁶⁰. 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. 25.

⁶¹. *Idem*, p. 31.

⁶². CANELA JR. Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

Assim, é de se concluir que as políticas públicas são programas de ação que nascem com objetivo definido, visando à consecução daqueles direitos sociais de dever do Estado prestar, por meio de consecução de programas que devem ser organizados e estruturados por meio de normas e procedimentos com o objetivo de atender o bem comum.⁶³

Conforme exige a Constituição Federal (CF, arts. 1º e 3º), as políticas públicas devem ser implementadas e executadas espontaneamente pelo Estado, iniciando-se com os projetos de governo, passando-se pelas propostas e aprovações normativas-orçamentárias por parte do Poder Legislativo e, ao fim, pela direta implementação pelo Poder Executivo.

Como se nota, a Constituição Federal concede apenas aos Poderes Legislativo e Executivo a possibilidade de criar e implementar as políticas públicas conforme os objetivos definidos da Constituição, cabendo ao Poder Judiciário apenas fazer o seu controle quando provocado. A intervenção do Poder Judiciário, que será analisada com mais detalhes nos Capítulos 3 e 4, somente é necessária para o caso de essa atuação espontânea dos demais poderes não ocorrer (inércia) ou, ainda que aconteça, esteja em desacordo com as prioridades estabelecidas na Constituição Federal.⁶⁴

⁶³ Pondera-se, em rápida digressão, que esse raciocínio não serve para explicar as demais políticas públicas, tais como a política industrial, de energia, de transportes, dentre outras que não estão fundadas na materialização imediata de direitos sociais (BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997). Este também não é o objetivo desse trabalho, no qual se busca demonstrar a intervenção Estatal (principalmente do Poder Judiciário) para a consecução dos direitos sociais (*segunda geração*), essenciais à preservação da dignidade humana.

⁶⁴ Com base nessa possibilidade do Poder Judiciário controlar as políticas públicas, aqui já cabe fazer a referência ao conceito de políticas públicas definido por OSVALDO CANELA JR. para o qual, por ser o Estado uno, entende-se por política pública “o conjunto de atividades do Estado tendentes aos seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam aos fins primordiais do Estado” (*Controle judicial de políticas públicas*. Op. cit., p. 88). No mesmo sentido, MARIA PAULA DALLARI BUCCI afirma que “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de

O ponto de partida para a implementação espontânea de políticas públicas está na propositura da lei orçamentária por parte do Poder Executivo (CF, art. 165).⁶⁵ A proposta da lei orçamentária, dentre outras coisas, define principalmente a destinação dos recursos para a concretização de determinadas políticas públicas, conforme o plano de governo preestabelecido.

Uma vez proposto ao Poder Legislativo o projeto de lei orçamentária elaborado pelo Poder Executivo (CF, arts. 84, XXIII), caberá ao Poder Legislativo referendá-la ou modifica-la, dando nova destinação aos recursos ou alterando as políticas públicas sugeridas (CF, art. 166).⁶⁶ Importante ressaltar que a Constituição Federal prevê que o Poder Executivo pode manter diálogo com o Poder Legislativo, propondo modificação na parte do projeto de lei que o Legislativo votará propostas de alterações (CF, art. 166, §6º).⁶⁷ Ou seja, a previsão das políticas públicas é a todo momento dialogada e negociada pelos Poderes Executivo e Legislativo, que são os representantes eleitos pelos cidadãos.

Como será abordado de forma mais específica nos itens 2.3.1 e 2.3.2, a elaboração do projeto das leis orçamentárias pelo Poder Executivo, bem como a proposta de alterações pelo Poder Legislativo, apesar do grau de discricionariedade existente para que se definam as políticas públicas, sempre deverá ser garantido nesse processo “os valores éticos preponderantes na sociedade orientem a escolha dos direitos sociais que devem ser implementados prioritariamente” (mínimo existencial).⁶⁸

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” (*O conceito de política pública em direito*. Op. cit., p. 39).

⁶⁵. CF/1988, Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

⁶⁶. CF/1988, Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

⁶⁷. CF/1988, Art. 166, §6º. O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta

⁶⁸. LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo em 2012, p. 49. Em apoio, OSVALDO CANELA JR. define que “os direitos fundamentais são prioritários, porque os bens da vida por eles protegidos são essenciais à existência humana. Assim, não obstante a profusão de direitos existentes no ordenamento

Como já adiantado anteriormente, se forem violados esses valores éticos da sociedade, que advêm dos direitos fundamentais sociais e dos objetivos do Estado definidos na Constituição Federal, caberá ao Poder Judiciário então, mediante provocação, fazer o controle constitucional das leis orçamentárias. Conforme será melhor explicado a seguir, os Poderes Legislativo e Executivo poderão defender suas políticas públicas, mas somente terão sucesso se comprovarem a adequação constitucional das escolhas feitas e, na hipótese comprovada ausência de recursos, demonstrarem que os direitos fundamentais sociais ainda não tutelados pelo Estado já o serão de forma adequadamente programada nos próximos exercícios orçamentários.

Essa limitação na discricionariedade é ainda pior para a Administração Pública, a qual assumirá o papel de implementar as políticas públicas aprovadas nas leis orçamentárias pelo Poder Legislativo. Nesse ponto, portanto, o ato do Administrador Público (ato administrativo em sentido estrito) está vinculado às leis orçamentárias que já definiram as políticas públicas e os objetivos que serão por ela alcançados, conforme as prioridades já estabelecidas na Constituição Federal.⁶⁹

Essa lógica de discricionariedade está muito assemelhada à teoria de KELSEN sobre o escalonamento de normas,⁷⁰ que dita que uma norma se fundamenta em uma imediatamente superior. Nesse caso, o ato do administrador se limita ao que está definido nas leis orçamentárias, que, por sua vez, limitam-se ao que a Constituição Federal conclama como objetivos do Estado e direitos fundamentais sociais.

Em tom de conclusão sobre o assunto, OSVALDO CANELA JR. afirma que o desafio na fase de consecução é a realizar “metas ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos

jurídico, os direitos fundamentais devem ser atendidos com absoluta preferência, porque envolvem discussão acerca da dignidade do ser humano e constituem o pilar do sistema ético de referência de todo o sistema normativo” (*Controle judicial de políticas públicas*. Op. cit., p. 43-44).

⁶⁹. LUNA, Ana Cláudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo em 2012, p. 49.

⁷⁰. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

predeterminados pela Constituição e pelas leis”.⁷¹ E complementa que esse encadeamento de criação e implementação das políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo “trata-se do cumprimento espontâneo da obrigação assumida pelo Estado”, constituindo os mecanismos estatais para efetivação dos direitos fundamentais sociais.⁷²

2.3.1. O mínimo existencial, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais e a regra da proporcionalidade na formação das políticas públicas

Como visto no item 2.3, as políticas públicas devem ser elaboradas conforme “os valores éticos preponderantes na sociedade orientem a escolha dos direitos sociais [previstos na Constituição Federal] que devem ser implementados prioritariamente”.⁷³ É a partir dessa necessidade de se estabelecer e implementar políticas públicas prioritárias no Estado brasileiro, o qual persegue primordialmente a garantia da dignidade humana, que surge o conceito de *mínimo existencial*.

O *mínimo existencial* é geralmente composto pelos direitos fundamentais sociais que garantem uma vida digna ao indivíduo, mais especificamente que garantem a saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a educação, o acesso à justiça, a moradia, o trabalho, a proteção à maternidade e à infância.⁷⁴⁻⁷⁵ A composição do *mínimo existencial* dependerá de cada

⁷¹. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁷². Idem.

⁷³. LUNA, Ana Claudia Vergamini, Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades, Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo em 2012, p. 49. Em apoio, OSVALDO CANELA JR. define que “os direitos fundamentais são prioritários, porque os bens da vida por eles protegidos são essenciais à existência humana. Assim, não obstante a profusão de direitos existentes no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais devem ser atendidos com absoluta preferência, porque envolvem discussão acerca da dignidade do ser humano e constituem o pilar do sistema ético de referência de todo o sistema normativo” (Controle judicial de políticas públicas, 2011, p. 43-44).

⁷⁴. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

caso concreto, uma vez que cada localidade possui suas peculiaridades geográficas e sociais, fazendo com que a promoção prioritária de determinados direitos fundamentais sociais seja mais relevante em determinados locais do que em outros.

Ou seja, o conceito de *mínimo existencial* não é estanque.

Como dito, na criação das políticas públicas exige-se que o Poder Legislativo edite as normas necessárias e o Poder Executivo (Administração Pública) tome as respectivas providências cabíveis para realizar e concretizar (dar *efetividade*) os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

Ocorre que, em função de existir direitos fundamentais sociais que possuem prioridade (conforme as condições geográficas e sociais locais), há necessariamente um conflito desses direitos fundamentais sociais. Assim, no momento da criação ou implementação das políticas públicas de forma espontânea, caberá ao legislador e ao administrador, aplicando o princípio constitucional da proporcionalidade (cf. item 4.4), tomar a decisão sobre qual dos direitos em conflito será utilizado em mais extensão do que o outro.

É a partir da existência desse conflito que a doutrina passa a divergir sobre o conceito de *mínimo existencial*, por meio da tentativa de se conceituar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, bem como a possibilidade de tais direitos sofrerem restrições para a aplicação prioritária de outros. Assim, a doutrina separa o conceito de *mínimo existencial* em 2 (duas) teorias: a *absoluta* e a *relativa*.

A teoria *absoluta* afirma que cada direito fundamental social possui necessariamente um núcleo essencial que é inviolável e que, portanto, compõe o *mínimo existencial*. Por isso, com relação ao núcleo essencial desses direitos, o Poder Público não pode abrir mão de implementar políticas públicas, nem poderá restringi-los ou retrocedê-los e, caso ajuizada uma demanda judicial que vise a tutelar tais direitos, ela necessariamente será julgada procedente. Ou seja, trata-se de uma teoria que pretende praticamente uma

75. WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213.

vinculação absoluta das prestações estatais, incluindo as decisões judiciais, para as hipóteses em que tais direitos fundamentais sociais estiverem em jogo, sem a possibilidade de ponderação ou da aplicação da regra da proporcionalidade caso haja um conflito entre referidos direitos.⁷⁶

Essa teoria, como ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, possui internamente duas vertentes: a *teoria absoluta-estática* e a *teoria absoluta-dinâmica*. Essas teorias permitem, de certa forma, que haja uma adaptação do conteúdo essencial de cada direito fundamental à realidade que se altera a todo momento e no qual ele é aplicado. A *teoria absoluta-estática* afirma que o conteúdo essencial de cada direito fundamental social é imutável e não pode ser alterado pelo passar do tempo, independente das ideologias ou da realidade social vigentes. Contudo, como explica VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, caso esse conteúdo inviolável seja mínimo, há boas possibilidades de sua adaptação ao mundo dos fatos conforme a necessidade. Do contrário, se o núcleo inviolável for amplo, a aplicação dessa teoria pode não convergir com o que realmente está acontecendo no mundo dos fatos.⁷⁷ No que se refere à *teoria absoluta-dinâmica*, essa parte da doutrina afirma que o núcleo do direito fundamental social pode ser alterado com o passar do tempo por razões políticas, históricas e sociais. Assim, a *teoria absoluta-dinâmica* permitiria uma mutabilidade do núcleo duro desses direitos, ao contrário da *teoria absoluta-estática*.⁷⁸

Por outro lado, a *teoria relativa*, de maneira mais flexível, afirma que a análise do que é o conteúdo essencial de cada direito fundamental (mínimo existencial) deve ser feita em cada caso concreto, dependendo sempre das condições fáticas, ponderando-se sobre a necessidade, adequação e proporcionalidade da restrição que está sendo imposta a um dos direitos fundamentais sociais em

⁷⁶. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Op. Cit. p. 187. É a aplicação da fórmula *do tudo ou nada* de RONALD DWORKIN a respeito da aplicação de princípios, ou a regra incide ou não incide, ou é válida ou não (DWORKIN, Ronald Myles. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ed. Ariel, S.A., 2012, p. 75 e seguintes).

⁷⁷. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 189.

⁷⁸. SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005), p. 541-558. 2005, p. 188.

conflito.⁷⁹⁻⁸⁰ Para essa teoria, não há problema em o conteúdo essencial de um direito fundamental social prevalecer sobre outro, pois, por meio de uma análise do caso concreto em que se aplique a regra da proporcionalidade, sempre se chegará a uma conclusão que assegurará da melhor forma possível a dignidade humana do indivíduo, por meio da materialização dos direitos fundamentais sociais prioritários a cada caso concreto. Nas palavras de ROBERT ALEXY, na teoria relativa “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.⁸¹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA afirma que essa teoria relativa, diante da sua adaptabilidade ao mundo da realidade, muito se aproxima, e as vezes se confunde, com a própria teoria *absoluta-dinâmica*.⁸²

Independentemente da teoria que será utilizada pelo Legislativo ou pelo Executivo⁸³ para fundamentar as prioridades em cada caso concreto, é relevante o fato de que existam teorias que afirmem que o Estado deva garantir o *mínimo existencial* ao indivíduo e que tal fato deve ser levado em consideração pelos Poderes responsáveis pela implementação espontânea das políticas

⁷⁹. 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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Juspodvum: Salvador, 2017, p. 401.

⁸⁰. Nesse ponto, importante mencionar também que KAZUO WATANABE, ao invocar a teoria de CLÉMERSON MERLIN CLÈVE (*Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 324), afirma que “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo disso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)”. WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218-220.

⁸¹. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag* (2006). 2ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., Março de 2011, p. 298.

⁸². SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Op. cit. p. 188. No mesmo sentido, ROBERT ALEXY afirma ainda que, diante de tal adaptabilidade decorrente da restrição de direitos fundamentais colidentes, a teoria absoluta-dinâmica muitas vezes está apoiada sobre as bases da própria teoria relativa (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. Cit. p. 300).

⁸³. Ou ainda pelo Poder Judiciário em suas decisões em caso de omissões ou ações inadequadas dos Poderes Majoritários.

públicas.⁸⁴

Neste trabalho, adota-se a visão que KAZUO WATANABE possui sobre o mínimo existencial, que, como se verá, resvala nas teorias absoluta e relativa.

KAZUO WATANABE afirma que o *mínimo existencial* é formado por aqueles direitos fundamentais que visam a garantir uma vida digna ao indivíduo, afastando-o da pobreza e da marginalização social (CF, arts. 1º-3º), sendo tais fatores variáveis conforme o caso concreto (p.ex.: localização geográfica ou situação social específica).⁸⁵

Por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, em cada caso concreto será encontrado o chamado núcleo de direitos fundamentais sociais que são mais essenciais à dignidade humana naquele local, razão pela qual não podem ser objeto de discricionariedade por parte dos agentes públicos (atos vinculados)⁸⁶ no momento de criar e implementar as políticas públicas.⁸⁷

⁸⁴. 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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 401.

⁸⁵. “O mínimo existencial, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, aplicando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país” (*Controle Jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. Op. cit., p. 218/219).

⁸⁶. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ato vinculado é aquele que “a Administração pratica sem margem para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos” (*Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 428). Obviamente, esse conceito de ato vinculado de BANDEIRA DE MELLO não é utilizado em sentido estrito a respeito de criação e implementação de políticas públicas, mas no sentido lato, de respeito aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, os quais devem ser tidos como prioridade no momento da criação da política pública, vinculando a escolha do Legislador e do Administrador. Nas palavras de GEORGES ABBOUD “políticas públicas relacionadas a direito fundamental não estão à disposição ou discricionariedade de nenhum poder” (*Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 165).

⁸⁷. “Faz-se indispensável, portanto, limitar a intromissão judicial nos atos da Administração, sob pena de desequilibrar o sistema de pesos e contra-freios. Na seara das políticas públicas, encaradas como expressão inquestionável da discricionariedade administrativa, os mesmos critérios que limitam o controle judicial dos atos vinculados, portanto, deverão ser utilizados, feitas as devidas adaptações” (ALCKMIN JACOB, Carlos Augusto. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In:

Ressalte-se que, na aplicação da regra da proporcionalidade, escolhas partidárias ou políticas não vinculadas à busca pela preservação da dignidade humana devem ser ignoradas, pois, como dito, não se trata de decisão discricionária, conforme a conveniência e a oportunidade. Nesse mesmo sentido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO afirma que “não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários”.⁸⁸

Isto é, para se chegar ao conceito de *mínimo existencial*, é preciso, em cada caso concreto, identificar aquele núcleo duro dos direitos fundamentais sociais com relação aos quais o administrador público (no sentido genérico, Poderes Legislativo e Executivo) não pode abrir mão de elaborar e realizar as respectivas políticas públicas.⁸⁹

Em obra utilizada por KAZUO WATANABE para fundamentar o seu conceito, GUSTAVO AMARAL ainda preceitua que “o grau de

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 246).

⁸⁸. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILLARÉ, Édís. 5ª ed. RT : São Paulo, 2000, p. 774. Aqui, obviamente, não se quer ignorar que o administrador público necessita de um mínimo de liberdade para realizar a política pública, uma vez que, como preceitua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, há “impossibilidade material de o legislador prever todas as situações, donde a necessidade de recorrer a fórmulas de regulação são mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais, dimanando daí a zona de liberdade que assiste o administrador” (*Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 983). Apesar de reconhecer que o administrador tenha certo grau de discricionariedade, alerta o autor que esse reconhecimento “não se trata (...) de uma liberdade para a Administração decidir a seu talento, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo” (Idem, p. 428).

⁸⁹. “Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais, também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor de igualdade e da preservação de condições mínimas elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p.ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nesta lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir”. (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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 399).

essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será o seu grau de essencialidade”. Complementa ainda que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”. Conclui GUSTAVO AMARAL que “caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será ilegítima”.⁹⁰

Como preceitua KAZUO WATANABE, essa conceituação pode parecer restritiva, mas não o é. Isso porque para se chegar ao conceito de *mínimo existencial* utilizou-se a regra da proporcionalidade e se identificou as peculiaridades do caso concreto que são mais essenciais para a dignidade humana.

Diante disso, é possível chegar à conclusão que, em um primeiro momento, KAZUO WATANABE filia-se à *teoria relativa*, enquanto busca definir o *mínimo existencial* conforme as peculiaridades do caso concreto. Em um *segundo momento*, porém, o autor afirma que, uma vez identificado o núcleo de direitos fundamentais sociais no caso concreto, o agente público não tem o poder discricionário de criar e implementar as políticas públicas senão aquelas necessárias para a realização dos direitos fundamentais que compõem referido núcleo, o que resvala o entendimento do autor na *teria absoluta*.

Esse conceito de KAZUO WATANABE, apoiado por GUSTAVO AMARAL, é o que se adota neste trabalho, no qual deve ser identificada a essencialidade de cada direito fundamental social em cada caso concreto (conforme as condições sociais de cada local), para que se defina quais são os direitos fundamentais sociais que, naquela circunstância, compõem o conceito de *mínimo existencial* e, portanto, o legislador não pode abrir mão de criar e o administrador não pode abrir mão de implementar as políticas públicas que visem a concretizar e realizar tais direitos.

Importante, por fim, ainda consignar que VIRGÍLIO AFONSO

⁹⁰. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Renovar, 2001, p. 213-216 (Apud: KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, Op. Cit., p. 217-218).

DA SILVA alerta que privilegiar determinados direitos fundamentais sociais em detrimento de outros, por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, não significa que essa restrição se trate de uma violação aos direitos preteridos, pois tal restrição está fundamentada na Constituição (no caso dos direitos fundamentais sociais, na própria dignidade humana do indivíduo e nos objetivos do Estado brasileiro; CF, art. 1º, inc. III). Assim, tal restrição não se trata de uma violação, mas de mera aplicação da própria Constituição, privilegiando os fundamentos e os objetivos do Estado que visam a assegurar a dignidade humana.⁹¹⁻⁹²

Nos capítulos 3 e 4 ainda se demonstrará que a técnica do *mínimo existencial* não é instrumento exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo por ocasião da criação e implementação das políticas públicas, mas também do Poder Judiciário. Isso porque, somente por meio dessa ponderação, que o Poder Judiciário poderá chegar à conclusão se houve ou não, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, a violação de direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal.

2.3.2. Reserva do possível

É sabido que a Constituição de 1988 garantiu diversos direitos fundamentais sociais à população brasileira, instituindo em seu art. 3º que é objetivo do Estado brasileiro a sua efetivação, com o objetivo de que os indivíduos possuam uma vida digna. Como visto nos itens anteriores deste Capítulo 2, a prestação dos direitos fundamentais sociais demanda uma ação positiva do Estado. Essa ação positiva, como é evidente, demanda relevante disponibilidade financeira, além daquela que já é gasta pelo Estado para garantir os direitos fundamentais ligados às *liberdades negativas* ou *públicas*

⁹¹. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Op. Cit. p. 181.

⁹². “Se a existência de outros princípios ou valores (negáveis numa Constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (...), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 306).

(direitos civis).⁹³

O Poder Público afirma, na maioria das oportunidades (senão em quase todas elas), não possuir recursos financeiros suficientes para a implementação de políticas públicas que visam a efetivar os direitos fundamentais sociais, inclusive aqueles que compõem o conceito de mínimo existencial.⁹⁴ É a chamada alegação da teoria da “reserva do possível”.

Contudo, a inação do Estado vinculada ao esgotamento de recursos públicos, que consagra a teoria da *reserva do possível*, é um conceito do Estado Liberal, que previa uma versão inativa do Estado na vida da sociedade. A Constituição de 1988 consagra um Estado Social, que demanda ações estatais para a consecução de programas com o objetivo de efetivar espontaneamente os direitos fundamentais sociais.

Assim, ainda que ausente recursos públicos para efetivação de todos os direitos fundamentais sociais em determinado momento histórico, o Estado deve fazer uma projeção futura do orçamento para consagrar políticas públicas que visem a dar efetividade aos

⁹³. Aqui vale a ponderação de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, em crítica a VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS: “Assim, ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis, e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sustain apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. (...) Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos” (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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Juspodvum: Salvador, 2017, p. 390). A crítica é feita sobre as explanações feitas por ABRAMOVICH e COURTIS em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 23.

⁹⁴. “A reserva do possível é questão que recorrentemente vem alegado pelo Poder Público em sede de defesa. Trata-se de exceção ligada à disponibilidade (fática ou técnica) de recursos para o cumprimento das providências pleiteadas em Juízo. A ideia, basicamente, é a de que não existe a possibilidade de que todas as prestações a que está obrigado o Estado sejam cumpridas, por pura falta de dinheiro para tanto. É, destarte, tema ligado à escassez de bens e arrimado na concepção de que todos os direitos têm seus custos”. (SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese apresentada para a obtenção do Título de Doutor em Direito à Universidade de São Paulo, orientado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, 2014, p. 195).

direitos fundamentais que ainda não foram consagrados pela ação estatal. Como assevera OSVALDO CANELA JR., “eventual insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, mas vetor de conduta das formas de expressão estatal para a prospecção futura de recursos”.⁹⁵

Nesse sentido, ainda conclui OSVALDO CANELA JR. que “se o vetusto orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado da economia, o orçamento programa, conceito derivado do Estado Social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais”.⁹⁶ Assim, conclui referido jurista que se o Estado Social (consagrado na Constituição Federal de 1988) constata não ter recursos para a implementação da necessária política pública, então deve iniciar uma programação para sua efetivação (por meio de elementos de arrecadação, revisão de gastos futuros, etc.).⁹⁷

Como visto no item 2.3.1, o conceito de *mínimo existencial* adotado neste trabalho (também utilizado por KAZUO WATANABE) prevê que, dependendo da localização geográfica e das respectivas circunstâncias sociais, alguns direitos fundamentais sociais acabam sendo mais essenciais que outros, razão pela qual o Poder Público deve priorizar garantir tais direitos.

Por isso, parte da doutrina e da jurisprudência afirma que, quando se visa a garantir direitos fundamentais que compõem o *mínimo existencial* (que devem ser garantidos prioritariamente pelo Estado), seja por meio da aplicação da teoria *absoluta* seja por meio da aplicação da teoria *relativa* (apresentadas no item 2.3.1 acima),

⁹⁵. CANELA JR., Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 230.

⁹⁶. *Ibidem*, p. 232.

⁹⁷. “Logo, a teoria da “reserva do possível” revela-se inconsistente com a realidade do Estado social, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988. Como já ressaltado, se o Estado social constata a insuficiência de receita para a consecução de seus fins, não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos. Caso os Poderes Executivo e Legislativo não promovam as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, resta ao Poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas”. (Idem, p. 232).

não pode o Poder Público alegar a teoria da reserva do possível.⁹⁸ A posição que se adota neste trabalho é justamente esta.

Nesse sentido, até poderia o Poder Público alegar que não possui recursos para implementar todas as políticas públicas necessárias para garantir os direitos que compõem o *mínimo existencial*, mas deverá ele: I) provar que efetivamente está utilizando os recursos existentes com políticas públicas que visem a garantir tais direitos fundamentais sociais que compõe o mínimo existencial; e II) ainda que faça essa prova, isso será apenas motivo para se diferir a definição e a implementação da política pública para o direito fundamental social preterido, e não um motivo para paralisar a atividade estatal com relação aos demais direitos que compõem o *mínimo existencial*.

Importante aqui fazer a ponderação de que, uma vez garantido o mínimo existencial, ainda há outros direitos fundamentais sociais a serem contemplados pelas ações positivas do Estado, por isso, o cumprimento do mínimo existencial também não é motivo para a inatividade.

Conforme ensinou ADA PELLEGRINI GRINOVER, como o orçamento não é vinculante, ainda que seja constatada e comprovada a ausência de recursos para a implementação da política pública reclamada pela sociedade, então deve o Poder Público realizar na próxima proposta orçamentária a reserva da verba necessária para a efetivação da referida política pública.⁹⁹

É relevante aqui mencionar que a Constituição Federal

⁹⁸. “Admitir-se que em relação ao mínimo existencial possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da ‘reserva do possível’, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). (...) O entendimento prestigiado pela jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, de que em relação ao mínimo existencial não é invocável pelo Estado a cláusula da reserva do possível.” (Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218-219).

⁹⁹. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

vincula, sim, parte dos recursos do orçamento (arts. 198 e 212),¹⁰⁰ no que diz respeito à instituição de políticas públicas que visem ações governamentais para políticas públicas que instituem serviços públicos nas áreas da saúde e educação. Obviamente, essas verbas são intransponíveis, mas não dizem respeito a todo o orçamento.

Em suma, por mais que inexista verba pública para determinada política pública, o Poder Público não escapará da obrigação de implementar a política pública que vise a assegurar o *mínimo existencial* por completo.

Dessa forma, pode-se concluir que a reserva do possível não se trata de um efetivo instrumento para a defesa do Poder Público no

¹⁰⁰. Art. 198. § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. §2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º. Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (...) Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. §1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. §2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213. §3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. §4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. §5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. §6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

sentido de livrar-lhe de implementar as políticas públicas que estão sob sua responsabilidade, conforme previsto na Constituição Federal. A reserva do possível, caso oposta ao *mínimo existencial*, não será motivo para paralisação estatal, mas se tratará, no máximo, de diferimento do cumprimento da obrigação constitucional pelo Poder Público.

Como se verá no item 4.6, esse entendimento a respeito da teoria da reserva do possível será fundamental para que o juiz enderece as medidas judiciais cabíveis no momento da execução da sentença que julgou demanda que visa à implementação de políticas públicas.

2.3.3. Densidade das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais constitucionais, discricionariedade dos agentes públicos e a *justiciabilidade* dos direitos fundamentais sociais

Como demonstrado neste Capítulo 2, alguns direitos fundamentais sociais poderão ter prioridade sobre outros, conforme a sua essencialidade no caso concreto, o que definirá a transposição de verbas do orçamento pelo Poder Público para a consecução das políticas públicas que visam a garantir a vida digna aos indivíduos.

Com base nos conceitos estabelecidos nesse Capítulo 2, é possível agora: I) classificar as normas constitucionais que preveem direitos fundamentais sociais conforme sua densidade; II) relacioná-las ao grau de discricionariedade que o legislador e o administrador terão sobre elas; e III) identificar os direitos que terão *justiciabilidade* imediata e aqueles que não a terá.

Com efeito, conforme conceituação utilizada por KAZUO WATANABE, é possível afirmar que há direitos fundamentais sociais:

(a) previstos em normas constitucionais de *densidade suficiente*, essenciais à dignidade humana e que compõem o mínimo existencial, que vinculam o legislador e o administrador na obrigatoriedade de criar e implementar políticas públicas para sua materialização (o que faz com que seus poderes discricionários sejam mínimos ou praticamente nulos);

(b) previstos em normas constitucionais de densidade suficiente, *menos essenciais à dignidade humana e, por isso, não integrantes do mínimo existencial*, que o agente público pode não os materializar momentaneamente por razões orçamentárias (o que faz com que seu poder discricionário seja médio); e

(c) de cunho programático, cuja aplicação depende da prévia ponderação, conforme a conveniência e oportunidade, do legislador e do administrador (o que faz com que seu poder discricionário seja elevado e ponderante).¹⁰¹

A partir dessa classificação, é possível, então, definir o grau de *justiciabilidade* dos direitos fundamentais previstos nas normas constitucionais que os asseguram. A esse respeito, KAZUO WATANABE alerta que:

Nesse ponto, é necessário esclarecer bem o vocábulo ‘justiciabilidade’ (alguns adotam o termo ‘acionabilidade’) dos direitos fundamentais. O que se quer explicitar não é o requisito para acesso à justiça ou para o exame de mérito da ação, e sim o requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental tutelável jurisdicionalmente. É um qualitativo do direito material.¹⁰²

Com efeito, conceitua KAZUO WATANABE que os direitos fundamentais sociais previstos em normas de *densidade suficiente* e integrantes do *mínimo existencial*, diante do seu alto grau de essencialidade para a dignidade humana, possuem *justiciabilidade* imediata.¹⁰³ Ou seja, a violação a tais direitos pode ser levada diretamente ao crivo do Poder Judiciário, sem a necessidade de prévia ponderação pelos Poderes Legislativo e Executivo. Como visto no item 2.3.2, não é possível opor a teoria da *reserva do*

¹⁰¹. WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218-224.

¹⁰². Idem, p. 216.

¹⁰³. Ibidem, p. 216.

possível a tais direitos que visam a assegurar uma vida digna aos indivíduos, sendo que não há margem para discricionariedade (análise de conveniência e oportunidade) para a sua materialização. A necessidade de implementação da política pública é direta e imediata.

Conforme explica o autor, o objetivo de conceituar o *mínimo existencial* é justamente esse, o de permitir que se identifique aquelas hipóteses em que, uma vez violado o direito fundamental social que o compõe mínimo existencial, possa o Poder Judiciário ser acionado imediatamente para tirar da inércia os Poderes Legislativo e Executivo, com o objetivo de que seja implementada e materializada a política pública que vise a tutela tal direito que garante a dignidade humana no caso concreto. A *justiciabilidade* dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo existencial, obviamente, não ocorrerá somente na inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, mas também quando a ação estatal de tais Poderes ocorrer de forma inadequada, de forma que, por mais que haja uma política pública, a dignidade humana não está sendo preservada.

Dessa maneira, a ação judicial que vise a tutela um direito fundamental previsto em normas constitucionais de *densidade suficiente* e que compõe o *mínimo existencial* deve ter seus pedidos julgados procedentes, e a execução do julgado deve exigir imediata movimentação e programação estatal para a sua materialização, com a transposição de verbas daqueles setores menos ou nada essenciais para assegurar a dignidade humana (seja nos casos de omissão do Poder Público ou inadequação das políticas públicas já existentes). No Capítulo 4 se demonstrará, de forma mais específica, como será proferida essa sentença e como a sua execução se dará.

Em uma escala um pouco inferior estão aqueles direitos fundamentais *previstos em normas de densidade suficiente mas não integrantes do mínimo existencial*. Ou seja, são os direitos que, por mais que estejam em normas de densidade suficiente, a materialização pelo Poder Público pode ser postergada por questões orçamentárias. Esses direitos, por exemplo, podem ser aqueles que preveem a gratuidade de transporte público para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, previsto no art. 230, §2º, da Constituição

Federal.¹⁰⁴

Como defende WATANABE, tais normas também possuem *justiciabilidade* imediata caso a previsão orçamentária não tenha sido realizada adequadamente, sendo, então, os seus pedidos também julgados procedentes. Obviamente, caso o Poder Público comprove durante a fase de conhecimento do processo que já está devidamente programado para a realização de tal política pública, conforme critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a ação judicial não terá seus pedidos julgados procedentes.

Em caso de procedência dos pedidos, a sentença a ser proferida nesses processos determinara ao Poder Público que apresente um plano para a contemplação orçamentária da política pública que visa a assegurar tal direito fundamental, sem atingir as políticas públicas que assegurem o mínimo existencial. O cumprimento dessa sentença seguirá, obviamente, esse comando judicial.

Por fim, estão os direitos fundamentais sociais que não compõem o mínimo existencial, nem estão previstos em normas de densidade suficiente. Estes direitos não possuirão *justiciabilidade* imediata, devendo passar previamente pelo debate democrático e pela análise, de conveniência e oportunidade, dos Poderes Legislativo e Executivo. São normas de cunho programático, que visam à organização do Estado, que não estão atreladas, ao menos de forma direta, à garantia da dignidade humana.¹⁰⁵

Na definição de LUÍS ROBERTO BARROSO, “as normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos”.¹⁰⁶

¹⁰⁴. Ibidem, p. 220-221.

¹⁰⁵. Ibidem, p. 223-224.

¹⁰⁶. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 237.

2.4. Direitos fundamentais sociais como direitos difusos (metaindividuais)

Os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, por serem direitos subjetivos de todo cidadão, possuem como titular uma coletividade indeterminada de pessoas. Com efeito, os direitos fundamentais sociais têm por objetivo estruturar a conduta obrigatória do Estado para criar e implementar políticas públicas que visem a dar uma vida digna a toda população. Por isso, impossível delimitar a sua titularidade, bem como a sua divisibilidade entre os titulares. Essa é justamente a definição de direitos difusos.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON confirma que “os interesses difusos são particular espécie do interesse público que incide sobre bens corpóreos, passível de fruição por todos os integrantes de um dado grupo social, daí a sua indivisibilidade e o objetivo ínsito à sua exigência: proporcionar qualidade de vida a toda população”.¹⁰⁷ Na lição de JOSÉ BARBOSA MOREIRA, os direitos difusos:

não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores de uma única obrigação), – mas a uma série *indeterminada* – e, ao menos para efeitos práticos, *de difícil ou impossível determinação* – cujos membros não se ligam necessariamente por um vínculo definido.¹⁰⁸

¹⁰⁷. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 1ª Ed., Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 159. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, em seu no inc. I do parágrafo único do art. 81 prevê que “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

¹⁰⁸. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, n. 1, p. 184. Devido a essa característica peculiar, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA afirma que os “interesses difusos são simultaneamente interesses não públicos, não colectivos e não individuais” (Legitimação processual e ação popular no direito do ambiente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 129, ou./dez.. 1994).

Como se verá no Capítulo 3, os direitos fundamentais sociais, por serem direitos subjetivos de todo cidadão, podem ser exigidos por meio de ações judiciais individuais. Contudo, as decisões proferidas em tais ações individuais terão efeitos coletivos, pois mexerão com as estruturas estatais (com certo grau de nocividade - cf. item 3.5) a respeito da tutela dos direitos fundamentais sociais cuja realização já é obrigatória pelo Poder Público. Por isso, tais demandas são chamadas de pseudoindividuais.

Os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, portanto, em razão dessa indeterminabilidade, não podem ser classificados como direitos coletivos *stricto sensu* ou direitos individuais homogêneos.

Com efeito, nos direitos coletivos *stricto sensu*, apesar de serem de natureza indivisível, é possível estabelecer um vínculo entre seus titulares, por meio de um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (CDC, art. 81, parágrafo único, inc. II). Como preceitua ADA PELLEGRINI GRINOVER, a diferença entre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros inexistente qualquer vínculo que ligue os membros do grupo entre si ou à parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por uma circunstância de fato. (...) nos interesses coletivos, ao contrário, têm-se um grupo categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica base instituída entre elas (como acontece, por exemplo, quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco).¹⁰⁹

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são aqueles “decorrentes de origem comum” (CDC, art. 81, parágrafo único, inc.

¹⁰⁹. GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, política e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, n. 6, p. 20.

III). Nas palavras de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON “os interesses difusos e os individuais homogêneos decorrem de uma situação fática comum. No entanto, na primeira categoria os sujeitos são indetermináveis e o objeto, indivisível; na segunda categoria, ao contrário, os sujeitos são determináveis e o objeto, divisível”.¹¹⁰

Por isso, os direitos fundamentais sociais se qualificam como direitos difusos, eis que, por demandarem uma ação estatal para toda a população, os titulares são indetermináveis e o objeto indivisível.

Sem a atenção devida, até se poderia pensar, em algumas circunstâncias, que os direitos fundamentais sociais podem se aproximar dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos quando defendidos em juízo, como, por exemplo, em demandas que discutem condições carcerárias.

Contudo, apesar de tais demandas judiciais afetarem mais diretamente determinadas pessoas em específicas penitenciárias, elas buscam reestruturar as ações e políticas estatais (cf. item 3.2). Por essa razão, tais demandas tratam de direitos difusos, que são de interesse da sociedade como um todo e cujo objeto é indivisível. Afinal, a adequação de condições carcerárias diz respeito à política carcerária como um todo e, ainda que afete mais diretamente determinadas penitenciárias em determinado momento, não diz respeito apenas aos detentos que lá estão naquele momento, mas aos futuros que lá também chegarão.¹¹¹

Portanto, quando se defende direitos fundamentais sociais em juízo, defende-se direitos difusos.

¹¹⁰. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Op. cit., p. 164.

¹¹¹. Essa questão pode ser visualizada na conceituação de interesses difusos RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, para o qual são direitos metaindividuais aqueles “que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e possuiam tendência à transição no tempo e no espaço” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136-137).

CAPÍTULO 3: PROCESSO JUDICIAL PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. Legitimação do Poder Judiciário para intervir na realização das políticas públicas

O Poder Judiciário possui, basicamente, 2 (duas) formas de resistência para julgar ações judiciais que envolvam questões relativas à necessidade de implementação ou adequação de políticas públicas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

A *primeira* forma de resistência refere-se ao fato de ser o Poder Judiciário um poder contramajoritário, que, por não ter membros eleitos, teria em sua essência um *déficit* democrático que o tornaria ilegítimo para decidir e interferir no futuro das políticas públicas que são criadas e implementadas pelos demais Poderes, estes sim eleitos pelo povo.¹¹² Para os que pensam dessa forma, o Poder Judiciário não tem aptidão para realizar as atividades exclusivas dos demais Poderes. A *segunda* forma de resistência decorre da clássica teoria separação de poderes, de MONTESQUIEU¹¹³, em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam autônomos e independentes, não podendo um interferir na atividade do outro, a fim de evitar que exista um desequilíbrio nas diferentes formas de expressão do Estado, de maneira que não se crie um Poder que seja superior e mais poderoso que os demais.¹¹⁴

Contudo, tais resistências são injustificadas e estão embasadas em conceitos distorcidos e obsoletos. Explica-se.

¹¹². BICKEL, Alexander M. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Company Inc. (subsidiária de Howard W. Sams & Co., Inc.), 1962, p. 16-23.

¹¹³. O espírito das leis / Montesquieu; tradução Cristina Muracho, São Paulo: Martins Fontes, 1996 – (Paidéia).

¹¹⁴. “*The most important critics refer both to the lack of the judge’s democratic legitimacy, as he is not elected, as well as to the lack of the judge’s qualification, as he would not be prepared as the administrator to make political choices*” (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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 345).

Como apresentado no Capítulo 2, a Constituição de 1988 instituiu um Estado Social, que, ao contrário do Estado puramente liberal, obriga o Estado a promover, por meio de ações positivas, políticas públicas que visem a garantir uma vida digna aos cidadãos brasileiros, por meio da efetivação, principalmente, dos direitos fundamentais sociais, conforme determinam os objetivos do Estado definidos no art. 3º do texto constitucional. Tanto é que, além de garantir tais direitos fundamentais, a própria Constituição, em seu Título VIII, estabelece as ditas normas programáticas, que são diretrizes a serem seguidas pelas ações estatais positivas que visem a efetivar tais direitos.

Ficou demonstrado no item 2.3 que as políticas públicas devem ser espontaneamente criadas e implementadas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque os seus membros foram eleitos pelos cidadãos justamente para efetivar, de maneira espontânea, os direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais.

Conforme já adiantado no Capítulo introdutório, o Brasil é um país com enormes dívidas sociais, de desigualdades gritantes, com bolsões de miséria nos quais as pessoas vivem com evidentes problemas de acesso à saúde e à educação, com moradias impróprias a qualquer ser humano, convivendo em locais sem qualquer saneamento básico. Isso, como já explicado (cf. itens 2.1 e 2.2), impede grande parte da população de usufruir, de forma efetiva, de uma vida digna e das ditas liberdades negativas ou públicas (direitos civis). Por isso, algumas políticas públicas devem ser implementadas de maneira prioritária pelos Poderes Legislativo e Executivo, com o objetivo de, por meio da garantia a efetivação dos direitos fundamentais sociais, promovam e materializem uma vida digna aos indivíduos, conforme a Constituição delineou como objetivos Estado brasileiro (cf. item 2.3.1).

Os problemas sociais decorrem, na grande maioria das vezes, da inércia ou da atividade equivocada dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, que estão se desviando dessas suas efetivas obrigações em clara violação aos comandos constitucionais que os obrigam a materializar os direitos fundamentais sociais.¹¹⁵ Nessas

¹¹⁵. HERMES ZANETI JR., em citação a NEIL K. KOMESAR (*A job for the judges: the judiciary and the constitution in a massive and complex society*, Michigan Law Review, v. 86, n. 04,

circunstâncias, os membros de tais Poderes violam o direito fundamental dos indivíduos que os elegeram de ter uma vida digna (deixando-os, pois, em condição indigna).

Conforme previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este é um direito fundamental ao processo garantido pela Constituição e, por isso, possui aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, §1º). Por essa razão, uma vez violados os direitos fundamentais sociais, que demandam de ações positivas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, caberá ação judicial perante o Poder Judiciário.

Como soa lógico, a dita intervenção do Judiciário nas políticas públicas, por meio de suas decisões judiciais, nada mais é do que fazer com que os Poderes Legislativo e Executivo, por meio de seus membros eleitos, cumpram suas obrigações constitucionais de promover e implementar as políticas públicas que garantem a vida digna para aqueles que participaram de sua eleição.

Daí, portanto, está a legitimidade democrática do Poder Judiciário, cujos membros, apesar de não serem eleitos, tem por função garantir que os Poderes Legislativo e Executivo, por meio de seus membros eleitos, cumpram suas obrigações constitucionais que fundamentam os objetivos do Estado Brasileiro, cujo efetivo cumprimento sempre compõem as promessas das campanhas eleitorais.¹¹⁶

p. 657-721, feb. 1988), conceitua esse descumprimento de “disfunções políticas da administração ou do Legislativo, ou seja, um desvio do natural curso do interesse público, uma fuga do poder-dever que está na base do pleno de competências atribuído a cada um dos órgãos estatais como (re)presentantes do povo brasileiro e do projeto constitucional da sociedade” (ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 47)

¹¹⁶. “Ocorrendo uma ‘disfunção política’ no uso das atribuições de cada poder, deveres-poderes, poderá a questão ser levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria do controle de aplicação do direito. Por estas razões, muito embora as patologias pareçam indicar uma indevida intromissão do Judiciário em ‘questões políticas’, o que ocorre é o contrário. Ante o que sustentamos até aqui, o processo, no contexto pós-positivista, é uma abertura para a democracia, havendo de ser, outrossim, a finalidade do direito como um todo, pois somente no marco democrático existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional. Nesse panorama, os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental ao processo, são inseparáveis. Note-se: não haveria democracia sem direitos fundamentais e não haveria direitos fundamentais sem democracia” (ZANETI JR.,

Em outras palavras, o Poder Judiciário tem, como nova função no Estado Social, a de, quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo não prestarem espontaneamente suas obrigações constitucionais, atuar de forma de obriga-los a adaptar sua conduta, de forma que os objetivos do Estado se concretizem. Essa é a forma direta de os indivíduos reclamarem a violação ou omissão com relação aqueles direitos previstos em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que devem ser prioritariamente garantidos pelo Estado por meio de ações positivas (cf. item 2.2).

Como alerta OSVALDO CANELA JR., é necessário que exista um Poder que não seja eleito e que esteja livre dos interesses político-partidários. Isso porque é notório que os membros dos poderes eleitos gastam grande parte do dinheiro do Estado com os interesses político-partidários para se manter em seus cargos, dinheiro este que obviamente deveria ser utilizado para efetivar os direitos fundamentais sociais. Como visto no item 2.3.2, a reserva do possível é a primeira defesa utilizada pelo Poder Público quando se afirma que ele não está promovendo as políticas públicas para garantir os direitos fundamentais sociais, na forma instituída pela Constituição. Por isso, para que o objetivo de que o Estado Social se mantenha ativo por meio de ações estatais positivas, é necessário que haja um Poder independente de tais interesses político-partidários, e que busque o cumprimento das obrigações estatais estabelecidas na Constituição de maneira coercitiva, caso os Poderes responsáveis falhem com relação ao cumprimento espontâneo.¹¹⁷

Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático: funções de governo e funções de garantia. Op. cit., p. 49)

¹¹⁷. “De fato, se a democracia social pressupõe a igualdade substancial entre os membros da sociedade, a realização material dessa igualdade não pode estar sujeita ao arbítrio das injunções político-partidárias. Estas injunções, que no campo da atuação legislativa e administrativa são, infelizmente, francamente acolhidas, diante da própria natureza das coisas, são inadmissíveis na atividade jurisdicional. Assim, não raro observamos a transferência vultosa de recursos do Estado para o atendimento de interesses político-partidários, com o objetivo de promover a manutenção dos agentes públicos no poder. Esta conduta é evidentemente arbitrária e diametralmente oposta ao sistema ético de referência do Estado. Além de antiética, é inconstitucional. Caso não houvesse uma forma de expressão estatal independente para a restauração ética do uso do poder, mediante o exercício do controle de constitucionalidade, estaríamos diante de uma forma de governo arbitrária, sem limites e desvinculada completamente do compromisso democrático” (Controle Judicial de Políticas Públicas, 2011, p. 100). No mesmo sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER: “*it is exactly the fact that the judge is not elected that makes him*

No mesmo sentido, ROBERTO OMAR BERIZONCE afirma que o Poder Judiciário, com seu exercício, enriquece o repertório institucional da democracia, pois

*son sus atributos esenciales de independencia, flexibilidad y accesibilidad los que brindan soporte, fundamento y motivo de legitimación para asumir la tarea de controlar y responsabilizar a las demás instituciones del gobierno que padecen de una crónica insuficiencia de rendimiento, ajustándolas a las normas jurídicas superiores.*¹¹⁸

Ademais, lembre-se que o cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Estado visa, dentre outras coisas, a estabelecer uma igualdade material a todas as pessoas, de modo que elas possam usufruir adequadamente das liberdades *negativas* (direitos civis ou direitos fundamentais de primeira geração).

É justamente essa efetiva possibilidade de fruição das liberdades *negativas* que possibilita às pessoas participar da vida democrática do Estado. Por isso, quando o Poder Judiciário, uma vez provocado, atua de forma a exigir que os demais Poderes realizem ações positivas para cumprir garantir os direitos fundamentais sociais, ele está promovendo a democracia por meio de provocação dos próprios cidadãos (em ações individuais) ou pelos legitimados que representam os interesses sociais (em ações coletivas).¹¹⁹ Daí, também por esse lado se vê a legitimação democrática do Poder Judiciário.

Como é evidente, a aplicação crua do Teoria da Separação dos Poderes, de MONTESQUIEU, não se coaduna com o Estado Social. Isso porque essa teoria, de impossibilidade de interferência de um Poder Estatal no outro, foi prevista para um Estado puramente liberal, o qual não poderia intervir na vida das pessoas e não tinha a

much more immune against political pressure that is exercised over the majority powers, and end up influencing his choices” (The Brazilian Judiciary as an organ of political control. Op. Cit. p. 345).

¹¹⁸. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 267.

¹¹⁹. As dificuldades de uma representação adequada dos interesses sociais serão abordadas no item 3.2.

obrigação constitucional de promover políticas públicas que visassem a garantir aos indivíduos uma vida digna. Contudo, o Estado Social demanda ações positivas estatais que não podem ser deixadas de lado e, caso não realizadas, algum Poder Estatal tem que obrigar os demais a realizá-los, nos termos previstos em sua legislação.¹²⁰

Como dito, os membros dos Poderes Legislativo e Executivo utilizam-se, muitas vezes, de arbitrariedades para se manter no poder. Caso o Poder Judiciário não possa, por meio de suas decisões, exigir um cumprimento das obrigações constitucionais dos demais Poderes, alinhando a ordem dos fatores exigida pela Constituição, o Estado estará fadado aos interesses político-partidários dos membros dos poderes eleitos.

O Poder Judiciário claramente não exercerá a atividade que é de natureza dos demais Poderes. Em outras palavras, o Poder Judiciário não criará nem implementará as políticas públicas prioritárias e obrigatórias, mas ele exigirá dos demais poderes que os faça, conforme a sua competência, a fim de cumprirem suas obrigações constitucionais. Esse é o sistema de freio e contrapesos que permeia a previsão do art. 2º da Constituição de 1988, no sentido de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam “independentes e harmônicos entre si”.¹²¹

Em tom de arremate, como bem preceitua HERMES ZANETI JR., não há mais que se falar em separação de Poderes, mas em

¹²⁰. “Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação dos poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes poderiam ser considerados como simples “bocas da lei”, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a ‘teoria da separação dos poderes’ é, no entanto, uma simples visão envesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquele que Montesquieu tinha como paradigma” (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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 387-388).

¹²¹. “Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128).

separação de *funções*. Isso porque todo poder é uno e emana do povo, “sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. (...) Por esta razão, as funções atualmente se dividem, na proporção da margem de disponibilidade das matérias, em funções de governo [exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo] e funções de garantia [exercidas pelo Poder Judiciário]”.¹²²

É por isso que, com base nesses argumentos, OSVALDO CANELA JR. conclui que política pública é “o conjunto de atividades do Estado tendentes aos seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam aos fins primordiais do Estado”.¹²³

No mesmo sentido, MARIA PAULA DALLARI BUCCI afirma que:

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à

¹²². ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático: funções de governo e funções de garantia*. Op. cit., p. 48-50.

¹²³. Idem, p. 88. Com conceito semelhante, OWEN FISS afirma que “*courts should not be viewed in isolation but as coordinate branch of government that is an integral part of large political system. Democracy commit us to public consent as the foundation of legitimacy, but public does not consent to each individual governmental institution. Rather, it consents to the system of governance as a whole*”. (FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 764).

sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹²⁴

Esse controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é que se denomina de *Controle Judicial de Políticas Públicas*. E como ensinou ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao exercer o controle das obrigações constitucionais dos demais poderes, o controle judicial de políticas públicas é exercido pelo Poder Judiciário por meio dos procedimentos de controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, o que será estudado de forma mais específica nos itens a seguir (itens 3.3 a 3.6).¹²⁵

Como visto, não há dúvida de que, por meio do Estado Social instituído pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a exercer funções que visam a controlar a atuação que estão a cargo dos demais poderes.

Importante, por fim, ponderar que, quando são levadas a apreciação do Poder Judiciário normas programáticas, que não preveem direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo existencial e que não estão previstas em normas de densidade suficiente (cf. item 2.3.3), o objetivo da ação judicial será a de que o Poder Judiciário acabe por fazer as escolhas que são exclusivas do legislador ou do administrador no momento de criar e implementar determinadas políticas públicas, em hipótese em que é possível aguardar a conveniência e a oportunidade. Assim, nessa hipótese que não envolve o cumprimento obrigatório e espontâneo de deveres constitucionais, por não ser de sua competência fazer escolhas legislativas ou administrativas, mas sim de analisar a violação a direitos, o Poder Judiciário não apresentará um provimento jurisdicional positivo de mérito nesse tipo de causa.¹²⁶

¹²⁴. 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. 39.

¹²⁵. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128-129.

¹²⁶. ALCKMIN JACOB, Cesar Augusto. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-283.

3.1.1. Hipóteses e momentos da intervenção judicial

Como demonstrado no Capítulo 2, a Constituição de 1988 instituiu no Brasil um Estado Social. Assim, por meio dos objetivos traçados em seu art. 3º, o Estado brasileiro é obrigado, por meio de prestações ou ações positivas (políticas públicas), a garantir os direitos fundamentais sociais que garantam uma vida digna aos indivíduos.

Conforme visto no item 2.3, o processo de criação das políticas públicas inicia-se com a proposta de lei orçamentária encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo (CF, art. 165). O Poder Legislativo analisa essa proposta e, após fazer alterações que entender necessárias, promulga a lei orçamentária em que estão previstas as políticas públicas que serão realizadas pelo Estado (CF, art. 166). A partir daí começa o papel da Administração Pública (Poder Executivo) para a materialização e efetivação daquelas políticas públicas previstas no orçamento aprovado pelo Poder Legislativo.

Nos itens 2.2 e 2.3, demonstrou-se que a criação e a implementação espontânea das políticas públicas devem seguir, necessariamente, uma ordem de prioridades pelo Poder Público, a fim de que se garanta, antes de tudo, uma vida digna para os cidadãos por meio da consecução de determinados direitos fundamentais sociais. Como demonstrado no item 3.1, a legítima atuação do Poder Judiciário ocorrerá quando os Poderes Legislativo e Executivo pecarem nesse processo de realização das políticas públicas, violando direitos fundamentais.

A partir dessa noção sobre a realização espontânea das políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo, é possível identificar: I) as hipóteses em que o Poder Judiciário intervirá caso seja necessário (e seja ele provocado); e II) em quais momentos desse processo de criação e implementação de políticas públicas essa intervenção ocorrerá.

A *primeira hipótese* de intervenção judicial é a da simples omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em realizarem as políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial ou aqueles direitos previstos em normas constitucionais de densidade suficiente (cf. item

2.3.3).¹²⁷

Especificamente com relação ao Poder Legislativo, essa omissão será verificada quando ele deixar de prever no orçamento gastos públicos com aquelas políticas públicas prioritárias para a consecução de determinados direitos fundamentais sociais. Essa omissão legislativa também se identifica quando, para realização de determinada política pública, a Constituição previu uma integração por parte do legislador infraconstitucional e ele não a fez. Já com relação ao Poder Executivo (Administração Pública), haverá omissão de sua parte quando ele deixar de dar efetividade às políticas públicas previstas no orçamento aprovado pelo Poder Legislativo.

A *segunda hipótese* de intervenção judicial ocorrerá quando os Poderes Legislativo e Executivo, por mais que tenham agido positivamente para realizar determinado direito fundamental social, não agiram da forma adequada e, por isso, ainda que exista uma política pública para realizá-lo, o direito fundamental social em questão permanece sem efetividade.¹²⁸

Nessa segunda hipótese, se houve falha na adequada previsão orçamentária para a consecução da política pública, então a intervenção judicial será contra ato do Poder Legislativo, que se consubstanciam notoriamente nas leis ou atos normativos. Se houve falha nas ações que implementam a política pública que possui previsão orçamentária adequada, então a intervenção se dará contra ato do Poder Executivo (ato administrativo).

¹²⁷. “A lesão ao direito fundamental social pode operar-se basicamente de duas maneiras. A primeira consiste na omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionais subjetivos previstos no art. 6º da Constituição Federal. (...) Se não há disponibilização de veículo de fruição do bem da vida, encontra-se violado o direito fundamental social” (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155).

¹²⁸. “A segunda forma de lesão a direitos fundamentais decorre do comportamento comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal. (...) a disponibilização do veículo que, por suas deficiências, gere desigualdade social constitui violação e, portanto, lesão a direito fundamental social. (...) Não se trata, evidentemente, da discussão acerca da desigualdade social em termos genéricos, porque tal contrariaria a própria natureza da jurisdição. 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” (CANELA Jr., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. Op. Cit., p. 155-156).

Essas são, portanto, as hipóteses em que o Poder Judiciário atuará no controle judicial de políticas públicas. A relevância de identifica-las é a de que: *a)* se identifique o procedimento judicial adequado para a legítima intervenção do Poder Judiciário na realização de determinada política pública; e *b)* principalmente para que se identifique os meios e instrumentos que poderão ser utilizados pelo Poder Judiciário para a execução do provimento jurisdicional.

3.2. Processo adequado

Antes que sejam apresentadas as medidas e instrumentos processuais que estão à disposição dos jurisdicionados para provocar o Poder Judiciário a intervir na criação e implementação de políticas públicas, é necessário estabelecer as premissas e os parâmetros do procedimento jurisdicional adequado para esse fim.

A necessidade dessa análise decorre do fato de que o procedimento adequado para o controle judicial de políticas públicas necessitará de novas acepções do *contraditório*, que são muito diferentes daquela acepção de contraditório existente para o processo tradicional (bipolar), em que se discutem apenas duas posições de interesse divergentes sobre um mesmo tema, em que o juiz, durante a tramitação do processo, atua de forma mínima, em uma conduta mais passiva do que ativa.

A *primeira* nova acepção é a de que o contraditório não será mais bipolar. Isso porque o processo que visa a intervir em políticas públicas não se desenvolve sobre as pretensões de apenas duas partes, mas de um grupo de pessoas. Assim, esse tipo de processo deve se desenvolver com a participação de todos os envolvidos no tema, para que possam, cada um, expor o seu ponto de vista sobre a matéria, a fim de que, ao final, o Poder Judiciário possa dar uma resposta adequada ao problema. Portanto, com essa nova acepção de contraditório, o processo que visa a intervir em políticas públicas será multipolar (e não mais bipolar), sendo que o Poder Judiciário, para proferir uma decisão, deverá ponderar sobre várias posições de interesse e não somente duas.¹²⁹

¹²⁹. A esse respeito, ver o item 3.2.1. Na doutrina ver, dentre outros: ARENHART, Sergio Cruz, *Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes*. In:

A *segunda* é a de que o juiz também deverá fazer parte do contraditório, pois, para formar sua convicção, deverá estar seguro de que fez o possível para conhecer todos os fatos e posições existentes sobre a matéria. Com efeito, o processo judicial que envolve políticas públicas é complexo, envolve a interferência em Poderes de Estado, diz respeito a fatos sociais com diversas peculiaridades, afetará a esfera jurídica de terceiros, além de possuir diversos interesses envolvidos a respeito de um mesmo tema. É complexa a matéria relativa às políticas públicas, pois diz respeito à relação de interesse público estabelecida entre *o que a sociedade necessita e como o Estado está agindo para sanar essa necessidade*. Por isso, caberá ao juiz agir ativamente no processo, a fim de que, por meio dos instrumentos que estão a ele disponíveis, consiga esclarecer todos os pontos que circundam o tema debatido. A cognição judicial deve ser ampliada nesse tipo de processo, não podendo o juiz proferir um julgamento com base em regras de distribuição do ônus da prova.¹³⁰

Nas palavras de SÉRGIO CRUZ ARENHART:

um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com *todo o problema*, sob suas várias perspectivas.¹³¹

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 201; BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017; CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976.

¹³⁰. “Na verdade, nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção. Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração dos poderes do órgão judicial na direção do processo”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

¹³¹. ARENHART, Sergio Cruz, Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 479.

O que se pretende é alcançar o *processo socialmente efetivo*, tão buscado obviamente no caso do controle judicial de políticas públicas.¹³²

Assim, para que o juiz forme sua convicção, ele precisa estabelecer efetivo contraditório com todas as partes (entes públicos envolvidos, membros da sociedade, especialistas no assunto, etc.), a fim de que possa decidir a matéria subsidiado com informações que revelem todas as suas perspectivas. Somente com essa participação de todos envolvidos, por meio da disponibilização de informações relevantes, é que o juiz ativo (membro do contraditório) poderá decidir, de forma efetiva e condizente com a realidade, sobre a essencialidade de determinada política pública e como pode ser estabelecido um plano para a sua efetivação pelo Poder Público.

3.2.1. Processo multipolar e estrutural (ou de interesse público)

Como visto no item 3.1, o Poder Judiciário legitima-se a intervir na realização das políticas públicas quando os demais Poderes de Estado (Legislativo e Executivo), que são eleitos, falham na missão de materializar espontaneamente os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988.

Contudo, o Poder Judiciário não pode intervir nas políticas públicas somente com base nessa constatação, pois essa é apenas a primeira parte da legitimação democrática para sua atuação. Isso porque o Poder Judiciário também deve obter sua legitimação democrática dentro do próprio processo,¹³³ intervindo na realização das políticas públicas por meio de um procedimento judicial adequado, que a doutrina apelidou de “processos estruturais” (ou

¹³². MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

¹³³. “Se o Poder Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legítima a atividade judicial”. (ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 448).

estruturantes) ou “processos de interesse público”. Nas palavras de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON:

Os processos coletivos que veiculam uma pretensão coletiva contra o poder público são, pela doutrina, chamados de processos estruturantes, processos de interesse público ou ainda processos para o controle judicial de políticas públicas. São aqueles processos que exigem a criação de uma estrutura ou organização de um método de análise e principalmente, satisfação de direitos que merecem tutela a partir da perspectiva da existência de um impacto metaindividual.¹³⁴

Como já adiantado, o processo judicial que visa à intervenção na realização das políticas públicas, ao contrário do processo tradicional e individual, tratará de diversos interesses envolvidos (estatais e coletivos), com diversos grupos de opiniões e posições sobre o mesmo tema, que muitas vezes são divergentes entre si em certos pontos e convergentes e outros (o que é inerente das relações sociais). É um processo multipolar, complexo e de interesse público, que trabalhará sobre a necessidade de algumas modificações nas estruturas de ação do Estado para garantir os direitos fundamentais sociais. Esse tipo de processo não se assemelha, portanto, aquele processo bipolar, em que se discute apenas dois pontos de vista antagônicos, que dizem respeito a interesses particulares.¹³⁵ Como coloca SÉRGIO CRUZ ARENHART:

o conflito nesses casos, não pode resumir-se a uma pretensão de A, que se sujeito à resistência de B. Nesses conflitos, concorrerão diversos interesses, de uma multiplicidade de sujeitos, com pontos de vista concorrentes e

¹³⁴. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 1ª Ed., Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 190-191.

¹³⁵. Nesse sentido, OWEN FISS afirma que nesse “*new model of litigation is premised on the idea that the threat that bureaucratic pose to constitutional values cannot be eliminated unless those organizations are reconstructed. For this reconstructive endeavor, the injunction – as opposed to the criminal prosecution or damages – became the favored remedy*” (FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761).

divergentes, e que sem dúvida merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio.¹³⁶

Em apoio, ROBERTO OMAR BERIZONCE ainda ensina que:

Los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados litigios de derecho público, (...) que debía ser diferenciado del litigio tradicional que involucraba tan solo a partes privadas, em tanto aquellos venían generados a partir de los esfuerzos para aplicar los principio de la rule of law a las instituciones del moderno Estado de bienestar. Tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner em debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos (...), que requerían remedios que debían arbitrarse generalmente a largo plazo.¹³⁷

Ou seja, os *processos estruturais* ou *de interesse público* devem pautar-se com outra acepção de contraditório, muito diferente daquela do processo bipolar, uma vez que não mais serão discutidas apenas duas posições de interesses antagônicas sobre um mesmo assunto, mas múltiplas posições. Tratar-se-ão de interesses de toda a coletividade (interesse público), que estarão agrupados em diferentes núcleos de interesses.¹³⁸

¹³⁶. ARENHART, Sergio Cruz, Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424.

¹³⁷. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 266.

¹³⁸. “The class suit is a reflection of our growing awareness that a host of important public and private interactions – perhaps the most important in defining the conditions and opportunities of life for most people – are conducted on a routine or bureaucratized basis can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals. From another angle, the class action responds to the proliferation of more or less well-organized groups in our society and the tendency to perceive interests as group interests,

Como alerta SÉRGIO CRUZ ARENHART, ainda que venham a tratar de direitos fundamentais a serem materializados por meio de políticas públicas, os *processos individuais* não se destinam de forma adequada para esse fim, pois o “recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda a discussão de política pública se converta em simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de terminado indivíduo frente ao Estado”, transformando um problema grave, que envolve toda uma ação estatal perante a coletividade, em uma discussão singela.¹³⁹

Com isso, o *processo individual* acaba se resumindo apenas em, de um lado a pretensão do indivíduo à realização de um direito fundamental social, e de outro o interesse patrimonial do Estado, que nega uma ação para materialização de tal direito.¹⁴⁰ O resultado disso é que o Poder Judiciário não acaba por analisar o problema daquela política pública como um todo e ainda corre o risco de proferir uma decisão que, por mais que vise a garantir a prestação estatal a um só indivíduo, pode desestabilizar ainda mais a política pública prejudicando um número ainda maior de pessoas, que podem estar em situação mais necessitada à do próprio autor da ação.

Dessa forma, quando se discute a realização das políticas públicas que visam a concretizar os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), o ideal é que elas sejam tratadas em ações coletivas. Como assevera OSVALDO CANELA JR.:

No processo de índole coletiva, voltado à efetivação dos direitos fundamentais sociais, o pedido deve ser formulado de maneira a permitir que o órgão jurisdicional emita o provimento com eficácia social. A tendência do sistema, portanto, é a de que não se postule direito social individualmente, mas sim

at least in very important aspects” (CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976, p. 1291).

¹³⁹. A respeito das demandas individuais, vide, ainda, o item 3.5.

¹⁴⁰. ARENHART, Sergio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 476. Como se verá mais a frente, as demandas “pseudoindividuais” (individuais, mas com efeitos coletivos) são um problema para as políticas públicas, sendo que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser uma forma de amenizar a sua nocividade.

coletivamente, objetivando-se a máxima eficácia social do provimento jurisdicional. (...) Os direitos fundamentais sociais objetivam, essencialmente, garantir a igualdade substancial entre os componentes do grupo social. Pretendem tais direitos, pois, seja eliminada toda e qualquer desigualdade. Desta forma, tanto o pedido como o provimento jurisdicional a ser produzido estão naturalmente dotados de uma necessária plasticidade.¹⁴¹

Importante ponderar que as ações coletivas, ainda que mais adequadas para esse fim, também possuem, no Brasil, alguns problemas para uma adequada intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. Isso porque, no Brasil, as ações coletivas ainda são tratadas com o espírito dos *processos individuais*. Com efeito, as ações ditas coletivas são geralmente ajuizadas por apenas um legitimado, que representa apenas parte dos interessados na política pública, e o juiz (passivo) julga a demanda fundado em apenas um ponto de vista sobre a questão, que nem sempre é posto de forma adequada pelo legitimado, sem ouvir os demais grupos sociais interessados e que serão afetados pela decisão judicial. Assim, é enorme a chance de o Poder Judiciário proferir uma decisão judicial descolada da realidade.¹⁴²

Por exemplo, em casos em que o Ministério Público ou a Defensoria Pública são os legitimados, o representante de referidos órgãos nem sempre estão aptos a discutir a matéria, muito menos possuem alguma ligação mais próxima com os interessados de modo que possam conhecer efetivamente a realidade das pessoas envolvidas. Não se quer dizer que os seus membros são incompetentes, mas é fato que muitas vezes faltam a eles um efetivo contato com a realidade dos fatos que serão discutidos na ação judicial, desconhecendo as várias posições de interesse do ambiente

¹⁴¹. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152-153.

¹⁴². ARENHART, Sérgio Cruz, *Processos Estruturais no direito brasileiro*. ARENHART, Sergio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 477.

social que sofrerá a intervenção.¹⁴³

Ademais, importante lembrar que, por exemplo, o membro do Ministério Público nem mesmo é obrigado por lei a consultar ou dar voz aos membros da comunidade que necessitam da política pública. Ou seja, quando o membro do Ministério Público ajuíza uma ação que visa a garantir um direito coletivo não se tem garantia de que ele tenha conhecimento da realidade em que está buscando uma intervenção judicial.¹⁴⁴

Por isso, para que se tenha uma resposta judicial adequada ao problema de determinada política pública, é evidente que todos os interessados devem se apresentar para intervir no processo, para expor todas as perspectivas da questão. Afinal, não é também admissível a prolação de uma sentença que intervirá na esfera de terceiros sem que antes se possibilite que esses terceiros intervenham no processo para defender seus interesses e seus pontos de vista.

Por outro lado, há a dificuldade de que, se cada interessado intervir diretamente no processo, de maneira individual, a tramitação do processo se tornará um processo impraticável e dificilmente se chegará ao fim. Por isso, é necessário que os indivíduos que intervirão sejam separados por grupos de interesses e devidamente representados.¹⁴⁵ Daí surge mais um problema, escolher um “legitimado adequado” para representar tais interesses coletivos, o que será objeto do item 3.2.2 a seguir.

Em suma, o objetivo deste tópico foi demonstrar que procedimento adequado para o controle judicial de políticas públicas deve ser multipolar, a fim de que o Poder Judiciário possa dar uma resposta adequada e de acordo com a realidade da coletividade ou da comunidade que terá sua esfera jurídica afetada. Caso contrário, de nada adiantará a intervenção judicial, pois não é possível, com novos

¹⁴³. ARENHART, Sérgio Cruz, Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes, In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 426-430.

¹⁴⁴. Idem., p. 477-478.

¹⁴⁵. “In a public law system, persons are usually ‘affected’ by litigation in terms of interest that they share with many others similarly situated, whether organized or unorganized, that is to say, as members of an ‘interest group’”. (CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Op.Cit., Maio de 1976, p. 1.310).

equívocos, adequar e reestruturar as ações dos Poderes Judiciário e Legislativo.

3.2.2. A dificuldade na representação adequada dos interesses coletivos

Como visto no item anterior (3.2.1), os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, por mais que formalmente legitimados pela lei, nem sempre serão aqueles que representarão da forma mais adequada os interesses envolvidos na realização de determinada política pública. Muito menos conseguirão sozinhos exprimir todas as perspectivas da questão debatida.

A preocupação com a adequada representação de interesses coletivos em um único processo é antiga no direito comparado, tendo início na Inglaterra no século XIII, com o sistema da *equity* (equidade), havendo evolução mais efetiva nos Estados Unidos da América a partir do século XIX, com a promulgação das *Federal Rules of Equity* em 1843.

Na Inglaterra o sistema de *equity* franqueou a participação processual em litisconsórcio de diversas pessoas, de forma que aquelas que tivessem interesse no resultado da demanda pudessem dela participar. Entretanto, o sistema de *equity* servia apenas como um apêndice do direito posto (material e processual), pois nasceu para preencher as lacunas existentes no rígido sistema de *Common Law*. Assim, caso a lei já previsse remédio adequado, o sistema de *equity* era posto de lado pelas cortes.¹⁴⁶

¹⁴⁶. “The equity system did not revolve around the search for a single issue. Multiple parties could, and often had to, be joined (Note 57: It was a necessary maxim of the Court of Chancery that all parties interested in the result must be parties to the suit). (...) In assessing the place of equity practice in the overall legal system, it is critical to realize the extent to which the common law system operated as a brake. One could not turn to equity if there was an adequate remedy at law. 2 Equity grew interstitially, to fill in the gaps of substantive common law (such as the absence of law relating to trusts) and to provide a broader array of remedies-specific performance, injunctions, and accountings. Equity thus provided a ‘gloss’ or ‘appendix’ to the more structured common law. An expansive equity practice developed as a necessary companion to common law”. (SUBRIN, Stephn N. *How equity conquered common law: The federal rules of civil procedure in historical perspective*. University of Pennsylvania Law Review, v. 135, abril de 1987, p. 919-920).

Os Estados Unidos da América, por sua vez, enxergando o que ocorria no sistema inglês, promulgaram, em 1843, as *Federal Rules of Equity*. Em sua Regra 48 previu-se que aquele que tivesse interesse no resultado de determinada demanda poderia nela intervir, entretanto, caso o número de interventores fosse muito grande e gerasse problemas à tramitação processual, a Corte poderia escolher quais deles permaneceriam no processo para representar as diversas posições apresentadas no processo.¹⁴⁷ A Regra 48 ainda previa que a decisão a ser proferida nesse processo não teria efeitos sobre aqueles que não intervieram no processo (conceito de *opt in*).¹⁴⁸ Em 1912, houve debate sobre a alteração da Regra 48 da *Federal Rules of Equity*, com o objetivo de que os legitimados a representar determinados interesses pudessem ser definidos antes do início do processo. Assim, a Regra 48 foi então substituída pela Regra 38, que previu que um representante poderia levar a juízo os *interesses comuns ou gerais*, mas desde que o número de pessoas que estivesse representando fosse tão grande, que dificultaria a tramitação do processo.¹⁴⁹

Contudo, enxergou-se dois problemas nessas disposições legais: I) a previsão de representatividade de *interesses comuns ou gerais* era vista como inadequada e de difícil aceção; e II) as cortes ignoravam a previsão de que as suas decisões não surtiriam efeitos sobre os interessados não representados no processo (ou seja, as decisões surtiam efeitos sobre aqueles que não tinham sido representados no processo).¹⁵⁰

Por isso, as previsões da Regra 38 das *Federal Rules of Equity* foram revistas em 1937, sendo substituídas pela Regra 23 das então promulgadas *Federal Rules Of Civil Procedure*. Referida Regra 23, após uma revisão realizada em 1966, além de manter em parte as previsões antigas (a respeito do número de representados),

¹⁴⁷. Rule 48. *Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*

¹⁴⁸. STRINCKLER JR., George M.. *Protecting the class: search for the adequate representative in class action litigation*. DePaul law review, Vol. 34, n. 1, 1984, p. 77-78.

¹⁴⁹. Idem e ibidem, p. 83.

¹⁵⁰. Idem e ibidem, p. 81.

passou então a prever que: *a)* o representante deveria ostentar posição semelhante à dos membros da classe representada; *b)* a exigência de que o representante deveria efetivamente defender, de maneira justa e adequada, os interesses da classe;¹⁵¹ e *c)* a decisão judicial passou a surtir efeitos para toda coletividade, inclusive sobre aqueles que não se fizeram representar no processo (conceito de *opt out*).

Com base nessas novas exigências, como afirmam GEORGE M. STRINCKLER JR. e SERGIO CRUZ ARENHART, a Suprema Corte norte-americana acabou por fixar quatro grandes premissas para a representação adequada de interesses: I) não existir conflito entre a parte representante e a classe representada; II) “a natureza representativa da pretensão individualmente formulada pela parte que representa a classe”; III) a “habilidade e a vontade do representante em levar adiante a pretensão da classe”; e IV) a “competência do advogado da parte representante”.¹⁵²

Como se nota, o sistema norte-americano é aberto e faz com que o Poder Judiciário efetivamente analise a atuação da parte representante da classe no caso concreto. Importante aqui considerar também que a Regra 23 ainda prevê uma “fiscalização” da atuação do representante. Assim, uma vez sendo constatado que o representante que intervém nos autos não está preparado para tanto, o juiz pode eventualmente determinar a sua alteração (Regra 23.c.C).¹⁵³ Conforme conclui SERGIO CRUZ ARENHART a respeito do sistema norte-americano:

a grande lição que aquele modelo oferece é no sentido da inviabilidade de traçar esquemas

¹⁵¹. *Rule 23 (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.* Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23. Acesso em 12.10.2017.

¹⁵². STRINCKLER Jr., George M. *Protecting the class: search for the adequate representative in class action litigation.* Op. cit., p. 145 e ss.; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes.* Op. cit., 2017, p. 441.

¹⁵³. *Rule 23 (c) (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.*

rígidos e abstratos que possam demonstrar a existência da representação adequada. Só a avaliação do caso concreto – a ocorrer no início e ao longo do processo – é que pode demonstrar se aquele que se apresenta em favor de certo interesse (e seu advogado) efetivamente tem condições, empenho e vontade de patrocinar a defesa daquela posição no processo.¹⁵⁴

No Brasil, o legislador adotou um sistema rígido de representatividade, optando-se por já escolher os legitimados a representar perante o Judiciário os grupos de interesses sociais. Ao contrário dos Estados Unidos da América, o legislador brasileiro também não previu instrumentos de controle da atuação do representante.

Como é notório, esse sistema rígido e sem fiscalização naturalmente impede soluções para a adequação da representação processual. Isso porque, caso o legitimado não esteja atuando adequadamente, quem o fará? Ao invés de trazer ao processo os interessados pela política pública, a legislação brasileira os distancia, permitindo a intervenção somente dos legitimados previamente escolhidos pela lei, sem qualquer análise mais apurada da competência do interventor em cada caso concreto.

É verdade que a legislação brasileira prevê um extenso rol de legitimados para ajuizar aquelas ações que visam a intervir nas políticas públicas (Ministério Público, Defensoria Pública, Partidos Políticos, entes federativos, órgãos dos Legislativo e do Executivo e associações de classe).¹⁵⁵ Contudo, como visto, os legitimados nem sempre estão adequadamente preparados para atuar em favor dos

¹⁵⁴. ARENHART, Sergio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. Op. cit., p. 442.

¹⁵⁵. Sobre as ações previstas na legislação brasileira que possibilitam o controle judicial de políticas públicas: item 3.3. Tais legitimados são o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, os órgãos da administração pública (inclusive autarquias e empresas públicas ou de economia mista), partidos políticos, as mesas das casas legislativas, as entidades sindicais e as associações que estejam constituídas há mais de 1 (um) ano, que tenham por finalidade “a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (Lei 7.347/85, art. 5º; Lei n. 8.078/90, art. 82, §1º, Lei 9.868, art. 2º).

diversos núcleos sociais, pois nem mesmo possuem proximidade ou informações destes. Além disso, grande parte dos legitimados são parte dos próprios Poderes que não cumpriram sua função de materializar espontaneamente os direitos fundamentais sociais. Não é crível esperar destes um pedido de intervenção judicial na sua própria esfera de poder. Como é evidente, o legislador partiu da equivocada presunção de que, apenas por serem públicos, tais órgãos e instituições já gozariam naturalmente de conhecimento suficiente para representar os interesses da coletividade perante o Poder Judiciário; o que não é verdade.¹⁵⁶

Dentre os legitimados, exige-se somente das associações de classe alguma proximidade com a comunidade que será afetada pela decisão judicial, mas, mesmo assim, o membro da associação não conseguirá apresentar, de maneira completa e adequada, todos os lados de interesse a respeito da mesma matéria.

Obviamente, não está se querendo dizer que em nenhuma hipótese haverá adequada representatividade processual dos grupos sociais, mas isso dificilmente ocorrerá por meio de tais legitimados. Como assevera SERGIO ARENHART, “não se pretende dizer que os legitimados para a tutela coletiva sejam incompetentes ou descompromissados; porém é certo que, no extenso rol previsto na legislação brasileira, haverá aqueles tem maior afinidade com certas áreas do que outros”.¹⁵⁷

Importante aqui ponderar que a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), em seu art. 1º, prevê que qualquer cidadão pode ajuizar ação “para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, (...) de serviços sociais autônomos”, bem como que qualquer cidadão pode ser litisconsorte ativo na ação (art. 6º, §5º). Contudo, não será *qualquer* cidadão que representará adequadamente os interesses coletivos.

Apesar de o nosso sistema não ser de todo adequado, há alguns instrumentos úteis na legislação processual brasileira para que

¹⁵⁶. ARENHART, Sérgio Cruz, Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 426-430.

¹⁵⁷. Idem e ibidem, p. 424.

o Poder Judiciário consiga dar voz aos diversos núcleos sociais interessados no resultado do processo que intervirá em políticas públicas. Tais instrumentos são o *amicus curiae* e a audiência pública.

A respeito do *amicus curiae*, o Novo Código de Processo Civil traz previsão interessante a permitir sua ampla utilização em todos os tipos de processo:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

É bem verdade que essa previsão de intervenção por *amicus curiae* não permite que os demais interessados venham ao processo na qualidade de partes, com a possibilidade de fazer outros pedidos além daqueles já formulados pelos autos da ação. Contudo, já é um instrumento para que o Poder Judiciário faça contato com todas as perspectivas da política pública que é objeto do processo, potencializando a legitimidade de sua decisão.¹⁵⁸ O mesmo vale para as audiências públicas, cujo formato não é estabelecido em lei, mas

¹⁵⁸ “O *amicus curiae*, como se sabe, é o terceiro que ingressa no processo civil objetivando a tutela de um interesse institucional objeto da demanda. Ele busca representar um grupo ou uma coletividade que será afetada pela decisão e, para tanto, amplia e aprofunda o debate travado no processo. A adoção dessa técnica tem a aptidão de melhorar a qualidade da tutela jurisdicional, pois faz com que ela seja fruto de uma discussão mais complexa e refletida. Serve, também, como fator de ampliação da legitimação política desta mesma tutela, uma vez que o *amicus curiae* ‘se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem de maneira insuficiente pelo juiz’” (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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 419. O trecho em itálico é transcrição das palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO em *Amicus curiae*: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. In: *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-167).

os Tribunais brasileiros já as têm utilizados para ouvir as várias posições dos núcleos sociais sobre determinada matéria.¹⁵⁹

A respeito da impossibilidade de terceiros fazerem outros pedidos na ação, como se verá no item 4.5, há quem defenda que, em processos como o ora estudado, as decisões não necessitam estar vinculadas aos pedidos formulados na petição inicial. Tendo o juiz contato com todas as posições sobre a matéria em discussão, bem como constatando eventual mutação fática durante o processo, pode proferir uma decisão já adaptada a essa realidade.

Importante aqui mencionar que, além do sistema flexível norte-americano e o sistema rígido brasileiro, outros sistemas de representatividade já foram tentados por outros países, mas sem sucesso. Na Argentina, alguns projetos de lei tentaram institucionalizar um sistema de eleição do representante dos interesses coletivos no processo. Contudo, tal sistema revelou que a capacidade de angariar votos em nada revela a capacidade adequada de representar e defender direitos em juízo.¹⁶⁰ No Japão, por sua vez, criou-se uma certificação perante o Primeiro Ministro para que determinada instituição pudesse representar judicialmente determinados interesses coletivos. Entretanto, esse sistema também se demonstrou falho, uma vez que a burocracia a ele inerente fez com que pouquíssimas instituições fossem reconhecidas como

¹⁵⁹. Nesse sentido, os Ministros dos tribunais superiores brasileiro têm se preocupado em ouvir todos os posicionamentos existentes a respeito da matéria objeto das audiências públicas, de maneira equilibrada, com o objetivo de visualizar a matéria por todos os ângulos possíveis. Confira-se um exemplo de convocação de audiência pública feita pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente por meio do despacho proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, relator do RESp 1.419.697-RS: “Pede-se que o email de inscrição seja acompanhado de identificação precisa quanto ao posicionamento que será manifestado pelo expositor, com vistas a uma composição plural e equilibrada do quadro de expositores” (30.05.2014).

¹⁶⁰. “*En primer lugar, no se proveen estándares para administrar el instituto. Esto podría no ser tan grave, pero en segundo lugar encontramos que el proyecto tampoco prevé una etapa de certificación donde sustanciar y resolver si el requisito se encuentra presente o no. Finalmente, lo peor de todo, el propio proyecto establece en su art. 8 que ‘La elección del representante se hará por medio de una votación, y el integrante que obtenga mayor número de votos será el encargado de representar a la clase’. La mayoría de votos, como ya señalé más arriba, nada tiene que ver con la calidad del representante*” (VERBIC, Francisco. *Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el congreso de la nación para regular la tutela colectiva de derechos en la república argentina*. In: *Procesos Colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2014, p. 82).

possíveis representantes judiciais de determinados interesses coletivos.¹⁶¹

Em resumo, os grupos de interesses devem estar bem representados pelos legitimados, a fim de que o Judiciário possa realizar sua intervenção de maneira adequada à realidade. Como visto, a discussão de representatividade de diversos interesses no processo de interesse público é feita mundo afora. O sistema brasileiro, apesar de suas limitações, ainda possui instrumentos que diminuem a eventual deficiência de representatividade do autor da ação, por meio da intervenção de *amici curiae* e a realização de audiências públicas.

A importância de se utilizar de tais instrumentos não é importante somente na fase de conhecimento, mas também no momento do cumprimento da sentença. Isso porque os representantes dos mais diversos grupos sociais poderão auxiliar o Poder Judiciário não só a fiscalizar o cumprimento da sentença, mas também ajudar a elaborar o plano de ações que deverá ser cumprido pelos demais Poderes, a fim de que a política pública seja criada, planejada e implementada de maneira adequada (a esse respeito, vide o item 4.3).

3.2.3. Ampliação da cognição judicial e o modelo colaborativo

É indiscutível o fato de que na tramitação do processo judicial o juiz trabalha (e deve trabalhar) no sentido de garantir a prolação de uma sentença justa às partes, que encerre de maneira mais adequada um conflito de interesses (esse é justamente o trabalho-fim do juiz). Também é indiscutível que as partes, por sua vez, visam a comprovar suas alegações no processo, afastando-as de seu adversário, para que o juiz profira uma sentença a ela favorável (esse sempre será o desejo da parte).

No processo que visa a controlar a realização das políticas públicas esses fatos tomam uma dimensão enorme, pois, como visto: I) o juiz trabalhará para proferir uma sentença que afetará diversas relações simultaneamente, principalmente aquela existente entre o Estado e os grupos sociais; e II) o juiz terá que dar voz, durante a

¹⁶¹. ARENHART, Sergio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes*. Op. Cit., 2017, p. 439.

tramitação do processo, às diversas partes envolvidas e interessadas na solução do conflito.

Para que o juiz consiga atuar adequadamente em um processo dessa natureza coletiva, multifacetada e complexa, far-se-á necessário que ele passe a ter voz ativa e esclarecedora na condução do processo, não podendo mais ser o juiz inerte do processo individual, cujos atos acabam sendo guiados pela forma de atuação das partes no processo, em que pode utilizar como regra de julgamento o ônus da prova.

Em *primeiro lugar*, importante lembrar que não são os titulares do direito que os defende no processo, mas, sim, os legitimados a tanto (Ministério Público, associações, autarquias, entes federativos, partidos políticos, *etc.*). Assim, importante o juiz ficar atento se a atuação de tais legitimados está ocorrendo de forma adequada a defender os direitos coletivos em jogo, evitando-se que problemas meramente de atuação técnica-processual influenciem na tutela do direito coletivo. Ao contrário do processo em que se busca solucionar meros interesses particulares, o magistrado deve evitar decidir o mérito do processo de efeitos coletivos com base em fundamentos meramente processuais ou de ônus probatório. Como visto acima, a legislação processual norte-americana nos dá a lição de que deve haver certa fiscalização do juiz durante o processo sobre os representantes dos direitos coletivos.¹⁶²

Em *segundo lugar*, o Poder Judiciário está lidando com matéria complexa. Como é sabido, as políticas públicas são elaboradas pelo Poder Público visando a diversos objetivos sociais impostos pela Constituição Federal, sendo que, dependendo dos limites orçamentários, o Poder Público dá maior preferência a determinadas políticas públicas do que a outras. Por essa razão, o juiz deve solicitar o maior número de esclarecimentos possível, não se limitando à oitiva daqueles que atuam no processo, mas ouvindo-se também especialistas sobre a política pública em discussão (*amicus curiae*), e principalmente possibilitando a manifestação de membros da sociedade civil em audiências públicas. Assim, o juiz

¹⁶². CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the Courts: a comparativist's contribution*. Buffalo Law Review, Vol. 25, 1976, p. 681. A mencionada previsão de revisão da representatividade processual está na Regra 23.c.C das *Federal Rules Of Civil Procedure*.

consequirá, com o auxílio das partes envolvidas, proferir uma sentença adequada e intimamente ligado à realidade que está interferindo.

Esse “dever de esclarecimento” do juiz no controle judicial de políticas públicas é característica integrante e indissociável do modelo da colaboração (ou cooperação), pois se refere à busca pela efetiva justiça no processo com a liderança do órgão jurisdicional e a participação efetiva das partes e terceiros (efetivo contraditório).¹⁶³

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE confirma que:

a ideia de cooperação, tão cara ao processualista moderno e há muito defendida, pressupõe um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, bem como considera fundamental o diálogo entre os sujeitos do processo. Cooperação e diálogo são elementos inafastáveis do princípio do contraditório, compreendido este como a efetiva participação de todos os sujeitos no resultado final do processo. (...) O interesse público, consubstanciado na produção de um resultado justo pela via processual, exige a participação do juiz na formação do conjunto probatório e na condução adequada do procedimento, adaptando-o às necessidades do direito material em litígio. Mas essa intensificação da atividade judicial deve ser acompanhada do diálogo entre os sujeitos do processo, de preferência prévio, a fim de que as decisões judiciais resultem desse contraditório. É essencial assegurar às partes influir na

¹⁶³. “O princípio da cooperação não se limita aos participantes tradicionais do processo: autor e réu. Deve o juiz, sempre que necessário, especialmente nos processos cujo resultado possa alcançar um grande número de pessoas, permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na controvérsia. Assim, promover a realização de audiências públicas (art. 927, §2º; art. 983, §1º; art. 1.038, II; v.g.), e até mesmo permitir o ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, caso do *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, §2º), são corolários lógicos de uma das formas de cooperação do juiz com o deslinde da causa. Quanto maior for a participação e, portanto, os elementos de informação, maior será a legitimidade democrática da decisão” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 6º. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduard; DANTAS, Bruno. (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 71).

convicção do julgador, especialmente nas situações em que ele age de ofício. Em síntese, não há incompatibilidade entre o comportamento ativo do juiz, que revela interesse e compromisso com a obtenção do resultado justo, e a efetivação do contraditório real. A conciliação dessas premissas constitui fator essencial da efetividade do processo.¹⁶⁴

Ou seja, o modelo processual da colaboração (ou cooperação) é o mais recomendável para o controle judicial de políticas públicas. Isso porque tal modelo surge a partir do momento em que se faz necessário um diálogo efetivo entre o juiz e as partes, a fim de que se construa um processo mais adequado e democrático para que se obtenha um julgamento justo e socialmente efetivo. Ainda que as partes possuam algumas liberdades no processo (de natureza adversarial)¹⁶⁵ e o juiz possui determinados poderes aos quais as partes se submetem (de natureza inquisitorial)¹⁶⁶, para o

¹⁶⁴. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. (coord.) *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 35.

¹⁶⁵. O *modelo adversarial*, primeiramente, prioriza o princípio dispositivo. Esse modelo dá maior relevância à disputa entre as partes perante um órgão jurisdicional não-interventor (passivo). Assim, o protagonismo do processo fica a cargo das partes, as quais dispõem da forma como conduzir o processo, estando o juiz subordinado aos atos processuais propostos por estas. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 47-48) Dessa forma, nesse modelo, que sofre forte influência do liberalismo, o juiz se mantém mais distante da condução do processo, cabendo às partes (as quais possuem igualdade formal) por sua própria iniciativa realizar o trabalho de preparar o litígio para a prolação de uma sentença. (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 51) Parte da doutrina prefere utilizar a denominação “isonômico” para esse modelo processual, pois “é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político”. (MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS) em 2007, p. 74). Ou seja, nesses termos, o modelo é construído sobre uma relação de isonomia entre as partes e o órgão jurisdicional, sendo de incumbência das partes a tarefa de promover a busca pela verdade no processo.

¹⁶⁶. O *modelo inquisitorial* prioriza o princípio inquisitivo. Isto é, dá mais valor aos poderes do magistrado (Estado), aos quais as partes ficam subordinadas durante o processo. Nesse modelo, como se nota, o órgão jurisdicional será o condutor e protagonista do processo, o qual designará o trabalho investigatório que entender necessário para se chegar a uma

modelo colaborativo (ou cooperativo) eles devem dialogar de forma a esclarecer todos os pontos debatidos no processo em momento anterior ao julgamento, com o objetivo de construir de forma adequada um caminho para a prolação de uma sentença justa e efetiva.¹⁶⁷ Assim, é possível afirmar que, com isso, a tramitação do processo pode ser moldado pelo juiz e pelas partes, conforme a necessidade do caso concreto, a fim de que se uma sentença justa e socialmente efetiva.

DANIEL MITIDIERO ensina que o modelo colaborativo objetiva a dividir as tarefas do juiz e das partes no processo de maneira equilibrada, organizando-o como uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), na qual se privilegia o trabalho processual conjunto dos sujeitos do processo (*prozessualen Zusammenarbeit*). Segundo o autor, isso faz com que se aumente de forma concorrente os poderes do juiz e das partes.¹⁶⁸ Para FREDIE DIDIER, trata-se de um verdadeiro

redimensionamento do princípio do
contraditório, com a inclusão do órgão

sentença justa. O modelo, de forma evidente, sofre influência do Estado Social, interventor e assistencialista. (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 82-83) O modelo inquisitorial também é chamado por parte da doutrina como “modelo assimétrico”, pois, ao contrário do modelo adversarial ou isonômico, “conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai comprometido como um sujeito que se encontra acima de seu povo)” (DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*, Vol. 198, Ano 36, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, agosto de 2011, Coordenadora: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 209).

¹⁶⁷. “Trata-se de reconhecer que – em que pesem as posições antagônicas, contrapostas, das partes; em que pese a distinção entre a posição do juiz (autoridade estatal) e das partes (jurisdicionados, sujeitos àquela autoridade) – todos os sujeitos do processo estão inseridos dentro de uma mesma relação jurídica (ou de um complexo de relações) e devem colaborar entre si para que essa relação, que é dinâmica, desenvolva-se razoavelmente até a meta para a qual ela é preordenada (a resposta jurisdicional final)”. (TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. Artigo publicado em setembro de 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI226236.41046-Cooperacao+no+novocpc+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>. Acesso em 23.11.2015).

¹⁶⁸. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.¹⁶⁹

O encaixe do processo judicial que visa a intervir em políticas públicas no modelo colaborativo encontra reforço na doutrina de ABRAM CHAYES. Com efeito, referido autor ensina que o processo para a solução de conflitos de interesse público deve ter, dentre outras, as seguintes características: I) o escopo do processo não deve ser administrado de forma exógena, mas moldado principalmente pelo juiz e pelas partes; e II) o juiz não deve ser passivo, ele deve ser ativo, com responsabilidade não só para a avaliação do que é levado ao processo, mas também para organizar e negociar o litígio para garantir um resultado justo e viável.¹⁷⁰

No mesmo sentido, ROBERTO OMAR BERIZONCE afirma que os conflitos de interesse público possuem como características principais: I) *“la ordenación e instrucción de la causa, caracterizada pelo activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez”*; e II) *“el método dialogal impulsado por el tribunal (...), que ‘expone’ a las partes y las compromete em la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo”*; e III) *“la intervención de terceros, amicus curiae, que expresan sus aportes con la mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad”*. Como arremata o autor, *“se trata (...) de un modelo normativo basado em la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia”*.¹⁷¹

Como conclui ROBERTO OMAR BERIZONCE, o modelo colaborativo (ou cooperativo) é uma conversão das atribuições do

¹⁶⁹. DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 12ª Edição, Salvador: Juspodivm, 2010, p.77.

¹⁷⁰. CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976, p. 1302.

¹⁷¹. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 268-269.

juiz com a asseguaração de paridade de armas entre as partes, no sentido de operarem conjuntamente para uma composição justa do conflito, o que se trataria de uma conduta derivada da própria concepção social e pública do processo civil.¹⁷²

Dessa maneira, no modelo colaborativo, o órgão jurisdicional está incluído no diálogo processual, com o objetivo de que ele mesmo promova os atos processuais que entender necessários no sentido de esclarecer as circunstâncias fáticas e de direito do processo em conjunto com as partes. MAURO CAPPELLETTI ainda afirma que, em processos dessa natureza, o órgão jurisdicional deve participar de maneira efetiva no processo não só para assegurar os interesses daqueles que se fizeram representar, mas também daqueles que não foram representados no processo.¹⁷³

O que se pode concluir claramente destes posicionamentos é que o modelo colaborativo (ou cooperativo) visa a instituir uma participação efetiva do juiz no processo, praticamente um dever deste de dialogar com as partes o tanto quanto for necessário para desfazer eventuais dúvidas ou realizar seus esclarecimentos. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma que esse dever, inclusive, é imposto ao juiz pela própria lei, a qual lhe dá instrumentos adequados para cumprir sua função jurisdicional.¹⁷⁴

EDUARDO TALAMINI afirma que as origens da formulação teórica do dever de colaboração (ou cooperação) advêm do direito civil, tendo em vista o reconhecimento “da existência, nas relações obrigacionais, de deveres acessórios de conduta, impondo a cooperação entre as partes (deveres de informação, esclarecimento, prevenção, auxílio...)”.¹⁷⁵ O autor ainda afirma que sua aplicação no

¹⁷². BERIZONCE, Roberto Omar. *El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias*. In: *La Prueba, Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá (Colômbia), Universidad Libre, 2002, p. 400.

¹⁷³. CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*. *Buffalo Law Review*, Vol. 25, 1976, p. 681-682.

¹⁷⁴. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – I*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 226-227. O autor ainda complementa que “o processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal” (Idem).

¹⁷⁵. TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. Artigo publicado em setembro de 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI226236.41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>. Acesso em 23.11.2015.

processo civil não deriva do próprio direito civil, mas da aplicação dos mesmos valores fundamentais em ambas as áreas do direito.

Em suma, pode-se concluir que o modelo colaborativo ou cooperativo compõe-se de uma gama de deveres do juiz e das partes, no sentido de cooperarem durante a tramitação do processo, a fim de que se construa um processo justo, com a participação leal e efetiva de todos os seus sujeitos (inclusive terceiros, p. ex., *amicus curiae* e interventores na audiência pública). Assim, permitir-se-á caminhar para a prolação de uma sentença que chegue o mais perto possível da verdade e que encerre de forma adequada um conflito de interesses. Para o controle judicial de políticas públicas isso será essencial devido à complexidade da matéria, a quantidade posições de interesse e indivíduos envolvidos e a importância social da questão decidida.

Portanto, resta evidenciado que, para construir um processo judicial no qual todos participem do contraditório, principalmente o juiz, com o objetivo de se construir um processo judicial em que seja proferida uma sentença justa e que dê resolução adequada e integral ao múltiplo conflito de interesses, como é o controle judicial de políticas públicas, o modelo processual da colaboração encaixa-se *como uma luva*. Como se analisará no item 4.3, o conceito do modelo processual da colaboração ou da cooperação ainda influenciará no cumprimento da sentença a ser proferida nesse tipo de processo.

Importante, por fim, mencionar que existem bases na Constituição Federal de 1988 para a utilização do modelo colaborativo. E isso é notório desde a previsão constitucional de um Estado Democrático de Direito (art. 1º), passando pela construção de uma sociedade solidária (art. 3º), uma democracia participativa (art. 14), até as previsões de direitos fundamentais de amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV), garantia do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e de uma tramitação do processo em prazo razoável, com todos os mecanismos possíveis para tanto.¹⁷⁶ Resta muito claro que tais previsões constitucionais fundamentam de forma incontroversa a existência de um modelo de processo judicial mais democrático e

¹⁷⁶. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 163-164.

colaborativo, que respeite a participação de todos (partes e juiz), que facilite sua tramitação e promova a possibilidade de um julgamento justo e em tempo razoável para todos os sujeitos processuais.

Obviamente, ao contrário do que alegam aqueles que sustentam uma inconstitucionalidade do modelo de colaboração, não se está aqui querendo que em um processo judicial uma parte auxilie a outra, ou que o juiz auxilie uma delas, retirando-se a liberdade de cada uma das partes de atuar da forma que entender necessário para defender seus interesses (ou limitando o exercício efetivo da advocacia).¹⁷⁷ O que se propõe no modelo colaborativo é que exista respeito e lealdade processual entre as partes, com a possibilidade de todas elas, em conjunto com o juiz (que é um sujeito do contraditório), promovam os atos que entendam relevantes e de forma esclarecida, com o objetivo de se construir um processo justo, para se chegar a uma solução adequada.¹⁷⁸ A constitucionalidade do modelo é evidente e soa insignificante a tentativa de torna-lo incompatível com a Constituição Federal.

3.2.4. O novo CPC e o Projeto de Lei nº 8.058/2014

O art. 6º do Novo CPC prevê que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha em tempo

¹⁷⁷. Faz-se aqui referência ao artigo publicado em 23.12.2014 por LENIO LUIZ STRECK, LÚCIO DELFINO, RAFAEL GIORGIO DALLA BARBA e ZIEL FERREIRA LOPES. *A cooperação processual do Novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao#author>. Acesso em 25.11.2015.

¹⁷⁸. Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JR., DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON explicam que “não se trata da aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, proposta há muito defendida por correntes doutrinárias estrangeiras, que ainda partem da premissa estatalista (socializadora) de subserviência das partes em relação a um juiz visto como uma figura prevalecente. Nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu). (...) Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação de decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 70).

razoável uma decisão de mérito justa e efetiva. Ou seja, não há dúvida que o Novo CPC está baseado no princípio cooperativista do processo. Contudo, apesar dessa previsão, é certo que nenhum formato de processo é puro, não estando completamente vinculado ao modelo colaborativo, adversarial ou inquisitorial. Com efeito, a depender do espaço e do tempo, o sistema judicial dará maior ou menor liberdade às partes e maior ou menor autoridade ao juiz na condução processual.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

Assim, dependendo do momento histórico, da cultura do país ou inclusive do contexto socioeconômico, o sistema judicial dará mais liberdades às partes (*modelo adversarial*) ou maiores poderes ao juiz no rito processual (*modelo inquisitorial*). Mais

¹⁷⁹. J.A. JOLOWICZ chega a essa conclusão: “*it seems desirable to stress at the outset, therefore, that no system of civil procedure can in the nature of things be wholly adversarial or wholly inquisitorial. It cannot be wholly inquisitorial because there is nothing to which a civil inquisitor can direct his enquiry unless and until one person has propounded a claim against another in more or less specific terms. It cannot be wholly adversarial because, even if we speak of the winner a contest between the litigating parties, the winner of contested litigation cannot be determined objectively as can the winner of a race. Indeed, we neither expect nor require that the judge shall act as a human photo-electric device whose only function is to declare which of the litigants was in front when the contested ended. On the contrary, even in common law countries, we expect and require that the judge make use of his own knowledge and experience on matters of fact as well as law – which means that he must enquire of himself – and we also expect, if do not require, that he will enquire of, others, as when he directs a question to a witness or engages in dialogue with counsel.*”. (On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 175)

¹⁸⁰. FREDIE DIDIER afirma que “nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o ‘princípio dispositivo’ e, em relação ao outro, o ‘princípio inquisitivo’. (...) Os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais”. Nesse sentido, o autor afirma que existem algumas matérias processuais em que a “dispositividade” e “inquisitorialidade” podem apresentar gradações diferentes dentro de um mesmo sistema judicial, são elas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso; d) análise das questões de fato e de direito; e) recursos, etc (DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*. Vol. 198, Ano 36, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, agosto de 2011, Coordenadora: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 209). Nesse sentido, MICHELE TARUFFO afirma que até mesmo em modelos que se autodenominam exclusivamente dispositivos, ainda assim são dados poderes instrutórios relevantes ao juiz: “*Una de estas consideraciones concierne a la ausencia de relación necesaria entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial y la opción consistente en el no atribuirle al juez ningún poder de instrucción autónomo. Existen, en efecto, muchos modelos de proceso (sobre los cuales v. infra, n. 2.) que actúan integralmente el principio dispositivo y, por tanto, atribuyen a las partes el poder exclusivo de dar inicio al proceso y de determinar su objeto, y, sin embargo, le otorgan al juez importantes poderes de iniciativa de instrucción*”. (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago (Chile): Editorial Metropolitana, maio de 1998, p. 293-294).

especificamente: quanto mais liberal for o Estado, mais as partes disporão de liberdades no processo e o juiz deterá menos poderes; quanto menos liberal for o Estado, mais poderes serão conferidos ao juiz e menos liberdades as partes terão de promover os atos processuais da forma como lhe aprouver.

No que se refere ao avanço do sistema processual brasileiro, parte da doutrina afirma que, na verdade, o modelo da colaboração (ou cooperativista) previsto no Novo CPC é uma evolução do modelo presidencialista que já existia no CPC de 1973. Mais especificamente, afirma-se que o art. 139, *caput* do Novo CPC traz diretrizes ao juiz para a condução do processo muito parecidas com aquelas que constavam do art. 125 do CPC de 1973, mas agora com a obrigação geral de cooperação no processo (art. 6º). Isso resulta em um modelo denominado de “modelo presidencial colaborativo” no Novo CPC. Assim, estaríamos diante de regramentos que já constavam do sistema processual brasileiro (CPC de 1973), só que mais adequados e adaptados ao modelo colaborativo (ou cooperativista).¹⁸¹

Dessa forma, o juiz não deve somente manter a ordem no processo (fazendo com que ele tramite dentro dos procedimentos previstos em lei e sendo somente provocado pelos atos das partes), mas também deve ele participar ativamente do contraditório, de forma a solicitar todos os esclarecimentos possíveis às partes e a terceiros a respeito da matéria posta em debate, principalmente quando há complexidade no tema, como visto no item 3.2.3. A possibilidade de o juiz solicitar esclarecimentos às partes e a terceiros está inserida no Novo CPC brasileiro e com íntima relação com o controle judicial de políticas públicas.

Em *primeiro lugar*, o Novo CPC prevê que, se a matéria for complexa (como é o caso das políticas públicas), deve o juiz designar audiência para que o saneamento do processo seja realizado de forma cooperativa, entre partes e juiz, a fim de que a cognição judicial seja

¹⁸¹. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do Novo CPC. In: *O Novo Código de processo Civil: questões controversas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p.137-138. CPC/15. Nesse sentido, o art. 139, VIII, do Novo CPC, prevê que o juiz terá a incumbência de, se assim entender necessário na condução do processo, “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa”.

a mais ampla possível a respeito da matéria debatida nos autos.¹⁸² Como resume FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, nesse novo modelo “o julgador deve esclarecer-se junto às partes acerca das dúvidas que tenha em relação às alegações, pedidos e fatos, de modo a evitar que a decisão se dê com base nas regras sobre ônus da prova”, regra de julgamento totalmente repelida no controle judicial de políticas públicas, como visto no item 3.2.3.¹⁸³⁻¹⁸⁴

Em *segundo lugar*, como também visto anteriormente no item 3.2.3, a possibilidade de manifestação de terceiros esclarecedores prevista no Novo CPC está vinculada à existência de *repercussão social* da controvérsia a ser decidida, o que é essencial

¹⁸². CPC/15, Art. 357, §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

¹⁸³. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 138.

¹⁸⁴. Importante mencionar que a doutrina prevê que o juiz possui 4 (quatro) grandes deveres de cooperação do juiz, todos previstos no Novo CPC: a) dever de esclarecimento (obrigação do juiz solicitar esclarecimento às partes sobre os fatos e deve de esclarecer sua decisão por meio da motivação; NCPC, arts. 357, §3º, e 489, §§1º e 2º); b) dever de consulta (obrigação do juiz consultar as partes sobre fatos que influenciarão no julgamento, mas que elas ainda não se manifestaram; NCPC, art. 9º e 10º); c) dever de prevenção (obrigação de o juiz não julgar a causa com base em vícios processuais, sempre visando o julgamento de mérito; NCPC, arts. 139, IX e 321); e d) dever de auxílio (dever de o juiz auxiliar as partes quando houver dificuldades na defesa do direito). Essa classificação é utilizada por EDUARDO TALAMINI (op. cit.) e FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI (op. cit. p. 138). Apesar de ser importante esses deveres cooperativos do juiz no processo, a doutrina também afirma que, nesse modelo, as partes também possuem deveres de colaboração no processo, para que permita ao juiz chegar na tão desejada ampliação da cognição da matéria posta em debate, tão buscado no controle judicial de políticas públicas. Tais deveres, também previstos no NCPC, são: a) o dever de esclarecimento (obrigação das partes de serem claras em suas manifestações, a permitir ao juiz o entendimento integral da matéria; NCPC, art. 330, §§1º e 2º); b) o dever de lealdade e da boa-fé (NCPC, art. 77); e c) o dever de proteção (obrigação da parte de não agir no processo de forma a prejudicar as demais partes NCPC, arts. 79 e 81). Classificação estabelecida por FREDIE DIDIER em seu *Curso de direito processual civil...*, op. cit., p. 79. Como fica evidente, tanto o juiz como as partes possuem deveres de colaboração (ou cooperação) no processo, os quais estão devidamente previstos no NCPC. Os deveres do juiz e das partes: a) são simultâneos; b) se complementam; e c) objetivam um efetivo diálogo esclarecido entre juiz e partes (contraditório), a fim de que se construa um processo adequado e que leve à prolação de uma sentença justa e efetiva. Todavia, por ser um “modelo presidencialista cooperativista” e por ser o juiz o destinatário de tudo que expõe no processo, é necessário que ele aja ativamente para que esse sistema realmente funcione. Isso porque, como é evidente, por mais que as partes se manifestem da forma mais esclarecedora possível, elas não sabem quais serão as dúvidas do juiz a respeito da matéria. Assim, somente o juiz, por meio de uma postura ativa, poderá, por meio de solicitações específicas às partes, sanar suas próprias dúvidas.

para o controle judicial de políticas públicas. Mais especificamente, o art. 138 do Novo CPC, a respeito do *amicus curiae*, prevê que “o juiz ou relator, considerando (...) a repercussão social da controvérsia, poderá (...) solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada”.

Para também demonstrar essa relação estreita entre o modelo processual de cooperação estabelecido no Novo CPC e o controle judicial de políticas públicas, importante aqui citar o Projeto de Lei n. 8.058, de 2014, atualmente em tramite no Congresso Nacional, que visa a justamente fixar um procedimento para o controle judicial de políticas públicas.

Referido Projeto de Lei, se aprovado e sancionado, promoverá como principais características do procedimento especial de controle judicial de políticas públicas I) o efetivo diálogo entre juiz, partes e terceiros, que é a base do modelo da colaboração (ou cooperação), além II) da ampliação da cognição judicial a respeito da matéria em de interesse público-social em debate, tendo o juiz papel ativo para que essa ampliação seja alcançada (cf. item 3.2.3).

Com efeito, o parágrafo único do art. 3º do referido Projeto de Lei prevê que o mencionado procedimento especial para o controle judicial de políticas públicas deterá, dentre outras, as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; (...)

XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.¹⁸⁵

Dessa forma, não há dúvida que a nova linha fundamental do processo civil brasileiro, instituída pelo Novo CPC, é no sentido de estabelecer características do modelo colaborativo (ou cooperativo), estando, assim, intimamente ligada às técnicas processuais do controle judicial de políticas públicas, sendo o Projeto de Lei n. 8.058/2014 uma comprovação disso.

Portanto, resta evidenciado que, além de aprimorar o sistema processual civil brasileiro com a adoção das características do modelo de colaboração ou cooperação, o Novo CPC se alinha, contribui e dá bases às necessidades processuais do controle judicial de políticas públicas, que cada vez é mais intenso no Brasil, país no qual a busca pela tutela coletiva adequada tem tido maior atenção nos últimos anos em razão da sua situação sociopolítica.

Relevante mencionar que o modelo processual da colaboração, que institui um novo papel do magistrado na condução do processo, não é obra brasileira, sendo utilizado por outros países, como por exemplo Portugal, França e Alemanha.

Na Alemanha, o Código de Processo Civil (ZPO) estabelece claramente o modelo processual colaborativo ou cooperativo. Objetivamente, é o artigo 139 da ZPO que estabelece as regras de cooperação, incitando o juiz a ter uma participação mais ativa no contraditório e na condução processual.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷ Um ponto que deve ser

¹⁸⁵. PL 8.058/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em 25.11.2015.

¹⁸⁶. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 150.

¹⁸⁷. Art. 139 da ZPO: “(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado

destacado a respeito do direito alemão é a previsão do item (1) do artigo 139 da ZPO no sentido de que o juiz pode sugerir à parte mudanças em seu pedido original formulado na petição inicial, com o objetivo de adequá-lo aos fatos afirmados. Essa previsão estabelece claramente uma conduta ativa do juiz com a preocupação do resultado da demanda, bem como uma ampliação do efetivo diálogo do juiz com as partes. Essa é uma previsão que auxiliaria e muito o controle judicial de políticas públicas, principalmente em função da dificuldade na representação processual de todos os interesses em jogo. Contudo, esse avanço ainda não é previsto no Brasil.

No direito de português, assim como ocorre no Novo CPC brasileiro, é inserido logo no início de seu Novo Código de Processo Civil (2013) um dispositivo geral relativo ao princípio da cooperação, como forma de balizar o seu sistema judicial com deveres de colaboração mútua do juiz e das partes na tramitação do processo.¹⁸⁸ O item 1 do art. 417 faz previsão interessante quanto à ampliação da cognição judicial, na qual todas as partes, inclusive terceiros, devem colaborar no processo (fator de extrema relevância ao controle judicial de políticas públicas; cf. 3.2.3).¹⁸⁹

O direito francês, da mesma forma, também possui dispositivo-base em seu ordenamento processual que prevê o modelo

irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações somente podem ser provadas pelo registro nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito". (DIDIER Jr., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set/2005, p. 75).

¹⁸⁸. Referido dispositivo é o atual artigo 7º do Novo CPC Português de 2013 (antigo art. 266 do CPC/1961), no qual é possível facilmente identificar a previsão dos deveres de esclarecimento do juiz e das partes (itens 2 e 3) e o dever de auxílio do juiz (item 4), em proporção muito semelhante ao do Novo CPC brasileiro (2015).

¹⁸⁹. Art. 417. 1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo, acesso em 15.10.2017.

colaborativo ou cooperativo. Como exemplo disso, podemos citar o artigo 16 do *Nouveau Code Procédure Civile*,¹⁹⁰ o qual prevê que o juiz deve observar o princípio do contraditório em si, de forma que todos os elementos (prova, documento, esclarecimento) por ele considerados em julgamento devem ser previamente submetidos à apreciação das partes, inclusive quando a matéria lhe permita decidir de ofício.¹⁹¹ O art. 8º, por sua vez, prevê que o juiz pode chamar as partes a esclarecer ponto que ele julgar relevante.¹⁹² O art. 7º ainda faz previsão da função ativa do juiz, que é interessante ao controle judicial de políticas públicas (como visto no item 3.2.3), pois prevê que o juiz deve considerar todos os elementos da matéria em debate para proferir o julgamento, inclusive aqueles não utilizados pelas partes em suas reivindicações.¹⁹³

Importante aqui, por fim, fazer apenas uma ponderação de que alguns modelos processuais de colaboração (ou cooperação) instituídos no Brasil e em outros países muitas vezes preveem punições pecuniárias às partes que não cooperam com o andamento regular do processo.¹⁹⁴ Todavia, essa forma punitiva de cobrar um comportamento correto da parte dentro o processo não é de todo adequado no controle judicial de políticas públicas.

Como é notório, o Poder Público, não cumpridor de suas obrigações constitucionais, é aquele que muito provavelmente tentará de todas as formas atrapalhar o andamento do processo judicial que

¹⁹⁰. Art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*

¹⁹¹. LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.) *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo, Lex Editora, 2010, p. 124.

¹⁹². Art. 8º. *Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.*

¹⁹³. Art. 7º. *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.*

¹⁹⁴. No Brasil, caso a parte litigue de má-fé, com o objetivo de prejudicar terceiros e induzir o juiz ao erro, lhe serão aplicadas multas (CPC/15, art. 77-81; CPC/73, art. 14). O Novo CPC Português expressamente prevê em seu artigo 417, item 2, que todos devem colaborar no processo para a busca da verdade, caso contrário, lhe serão aplicadas multas. O Novo CPC francês, em seu art. 24, também faz previsão semelhante.

discuta uma política pública que está a seu cargo. Assim, nos modelos colaborativos existente, seria natural que a ele fossem aplicadas algumas formas de sanção processual. Contudo, ao se cobrar multa processual do Poder Público, estar-se-á atingindo o dinheiro dos próprios contribuintes, que é arrecadado para a implementação de outras políticas públicas, que também garantem uma vida digna aos indivíduos.

Com isso, a punição do Poder Público no processo judicial deve ser muito pensada, a fim de que a aplicação de uma sanção pecuniária não acabe por apenar, por via transversa, outras políticas públicas também essenciais à sociedade. Como se verá mais a frente, poderá haver responsabilização direta do gestor público, sem que o dinheiro do contribuinte seja lesado pelas más condutas daquele. A forma de sancionar o Poder Público no processo de maneira adequada será aprofundada e analisada no Capítulo 4, mais especificamente no item 4.7.

3.3. Controle judicial de políticas públicas como controle de constitucionalidade

Quando se refere a controle de constitucionalidade, é indiscutível que se pensa diretamente nas duas formas tradicionais de controle de constitucionalidade das leis: difusa e concentrada. Como é cediço, o controle difuso é aquele no qual todo juiz ou tribunal pode realizar o controle de constitucionalidade da lei, de forma incidental, em casos concretos (processo subjetivo).¹⁹⁵ Já o controle

¹⁹⁵. Nas palavras de MAURO CAPPELLETTI “o sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, o que o exercitam incidentalmente, na ocasião das causas de sua competência”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, Porto Alegre: 1984, 2ª edição, p. 67). Por isso, o controle difuso de constitucionalidade é aquele que autoriza qualquer juiz ou tribunal a realizar, no julgamento de um caso concreto, a análise incidental da constitucionalidade das leis (ou atos normativos). Nessa hipótese, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que “por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhe são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 118). Nesse sistema, a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, estadual, distrital ou municipal produz eficácia somente entre as partes do caso concreto, razão pela qual a mesma lei declarada inconstitucional em processo subjetivo ainda pode ser aplicada judicialmente, sem

concentrado é aquele no qual o único objetivo da demanda é o de discutir diretamente a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal (processo objetivo), por meio do mais alto órgão do Poder Judiciário.¹⁹⁶

qualquer óbice, ao restante dos indivíduos (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 197). O controle difuso resta autorizado nos arts. 97 e 102, III da CF/1988 e no art. 982, §3º do CPC/15 Por ter origem nos Estados Unidos da América, o controle difuso também é chamado pela doutrina de “sistema americano de controle”. Importante aqui lembrar que foi naquele país que o controle de constitucionalidade (em sentido amplo) nasceu. A previsão de que as leis devem respeitar a Constituição (e que isso pode ser de controlado pelo Poder Judiciário) foi tomada em decisão judicial pelo *Justice JOHN MARSHALL*, então presidente da Suprema Corte Norte-Americana, no caso concreto *Marbury versus Madison* em 1803 (CAPPELLETTI, Mauro. *Idem*, p. 57-61; DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Idem*, p.194). O sistema americano é o da *common law*, razão pela qual os precedentes possuem forte influência vinculatória (*stare decisis*). Assim, ainda que a decisão que declare a inconstitucionalidade seja proferida e produza efeitos apenas em um caso concreto, essa força vinculativa do precedente faz com que tal declaração possua verdadeiro efeito *erga omnes*, vinculando os juízes e tribunais inferiores (por essa razão não há controle concentrado de constitucionalidade). Por mais que no Brasil (país de *civil law*) a força dos precedentes tem potência inferior àquela dada nos Estados Unidos da América, ainda há a possibilidade de se atribuir efeitos *erga omnes* à decisão que declara a inconstitucionalidade da lei em controle difuso. Isso porque o Senado Federal pode atribuir efeito *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma lei, em sede de controle difuso, em julgamento de recurso extraordinário, por meio da suspensão do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, inc. X da CF/1988. Relevante ponderar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, atribuir às suas decisões efeitos *erga omnes* com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes, a qual tem aceitação crescente na doutrina e na própria jurisprudência da Suprema Corte. Nas palavras de PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS: “busca-se, com essa nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso de constitucionalidade, fornecer características objetivas a essa modalidade de controle, ampliando os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade de modo a torná-los semelhantes aos efeitos objetivos no controle concentrado de constitucionalidade” (*Direito processual constitucional*. Op. Cit., p. 203). O primeiro caso se deu no julgamento do REExt 197.917-SP (Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, j. 24.3.2004).

¹⁹⁶. Nas palavras de MAURO CAPPELLETTI, “o ‘sistema concentrado’, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”. (CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, Op. Cit., p. 67). A modalidade de controle judicial concentrado da constitucionalidade das leis (ou atos normativos) é aquele no qual a constitucionalidade da lei é o objeto principal de demanda, a qual deve ser julgada exclusivamente pela corte suprema de um país (competência exclusiva). Por não haver interesses particulares ou subjetivos em jogo, trata-se de um processo de natureza objetiva, que trata da possível violação abstrata da lei à Constituição. Por ser um controle abstrato de violação das leis frente à Constituição Federal, o qual é realizado pela Corte Suprema do país sem qualquer vinculação a um caso concreto, a decisão que declara a inconstitucionalidade nessa modalidade produz efeitos *erga omnes*, ou seja, produz efeitos a todos. Ademais, em razão da exclusividade e importância da matéria, também são criadas ações especiais que tratam da marcha processual específica, bem como de seu julgamento pela suprema corte. Tendo em vista

Paralelamente a esses sistemas tradicionais de controle de constitucionalidade das leis, também existem procedimentos de controle judicial de constitucionalidade de atos administrativos, por meio daquelas demandas nas quais tais atos da Administração são confrontados diretamente com aquilo que é previsto na Constituição Federal. São exemplos de instrumentos de controle de constitucionalidade de atos administrativos a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação popular, mandado de segurança coletivo e ação civil pública.¹⁹⁷

Portanto, coexistem no Brasil procedimentos de controle judicial de constitucionalidade das leis (ou atos normativos) e procedimentos de controle judicial de constitucionalidade de atos administrativos.

Como já aditando no presente estudo, as políticas públicas são realizadas pelo Poder Legislativo (por meio de leis ou atos normativos) e Poder Executivo (por meio de atos administrativos) visando a dar efetividade aos fundamentos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, para que se garanta à sociedade aqueles direitos

que o assunto é de extrema importância para o país, pois atinge a todos indistintamente, a legitimidade ativa para propositura dessas ações geralmente é limitada às pessoas políticas e entidades de importância para o Estado. O objetivo é de que a propositura dessa demanda seja realizada por aqueles que representam uma parcela significativa das pessoas e do Poder Estatal. Aqui se cai na mesma dificuldade de representatividade mencionada no item 3.2.2. A doutrina também denomina o sistema de controle concentrado de constitucionalidade como “sistema austríaco”. Isso porque o controle concentrado foi concebido pela primeira vez na Áustria, por meio de sua Constituição de 1920, que instituiu uma Corte Constitucional para exercer esse controle de modo exclusivo. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do ajuizamento de 5 (cinco) diferentes ações para tratar do controle concentrado de constitucionalidade, são elas: I) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, inc. I, ‘a’); II) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inc. I, ‘a’); III) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); IV) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, inc. III); e v) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º). Importante esclarecer que no Brasil não existe a hipótese de controle concentrado da constitucionalidade de leis municipais, mas apenas o controle difuso. A opção do legislador é muito clara no sentido de evitar um abarrotamento da Suprema Corte com ações que visem a discutir a constitucionalidade de leis municipais promulgadas em 5.561 municípios. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128; Fonte: IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela_1a.shtm. Acesso em 01.06.2016)

¹⁹⁷. Os itens seguintes deste Capítulo 3 analisarão melhor tais demandas judiciais.

fundamentais sociais essenciais à dignidade humana (CF, arts. 1º, 3º).

Como se definiu no item 2.3.1, respeitando diversas variáveis, dentre elas a localização geográfica, em regra, tais direitos fundamentais sociais essenciais à dignidade humana são o direito à saúde básica, o saneamento básico, à concessão de assistência social, o direito à educação, o acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, à proteção à maternidade e à infância, os quais são imediatamente judicializáveis (CF, arts. 5º e 6º). Importante mencionar que, conforme essa lição de KAZUO WATANABE (item 2.3.3), também há outros direitos fundamentais que, apesar de não serem essenciais ou primordiais à dignidade humana, podem ser imediatamente judicializados, pois previstos em normas constitucionais de densidade suficiente que já explicitam a política pública a ser implementada.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Dessa forma, quando uma ação judicial visa a garantir à população um desses direitos fundamentais sociais expressamente previstos na Constituição Federal em face de uma omissão ou ação equivocada do Poder Legislativo (leis) e/ou do Poder Executivo (atos administrativos), estar-se-á buscando a tutela jurisdicional para controlar políticas públicas. Assim, tendo as políticas públicas fundamento diretamente constitucional, o seu controle judicial é necessariamente um controle judicial de constitucionalidade.

Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO confirma que:

um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das majorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela

¹⁹⁸. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

¹⁹⁹. WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas : Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218-222.

sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.²⁰⁰

CAMILO ZUFELATO também afirma que o controle judicial de políticas públicas é exercido por procedimentos de controle de constitucionalidade de natureza: I) concentrada (ações constitucionais com este fim específico); e II) difusa (ações coletivas e individuais).²⁰¹ Para MARCOS VINICIUS KIYOSHI ONODERA, nessas ações é possível discutir as 3 (três) hipóteses de inconstitucionalidade nas políticas públicas, quais sejam:

a) política pública inconstitucional; b) conduta inconstitucional, consistente na ausência de implementação de uma política pública já definida na Constituição, em lei ordinária ou em ato regulamentar da Administração; e c) omissão do legislador ou do administrador na definição da política pública à plena realização de direito fundamental assegurado pela Constituição.²⁰²

Portanto, não há dúvida que o controle judicial de políticas públicas é realizado por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade de leis e de atos administrativos.

²⁰⁰. BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 110.

²⁰¹. ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 315. Na doutrina, ver, dentre outros: ANTONIO, Nilva M. Leonardi, O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 183-211; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150; ONODERA, Marcos Vinicius Kiyoshi. O controle judicial de políticas públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e Perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013., p. 419-450.

²⁰². ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial de políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013 p. 439.

3.3.1. Objeto do controle: leis e atos administrativos

Com visto nos tópicos anteriores, em especial no item 2.3, as políticas públicas são implementadas espontaneamente por meio de atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, é possível afirmar que as políticas públicas são implementadas, de maneira espontânea, por meio da aplicação da lei e pela realização de atos administrativos, os quais podem ser controlados pelo Poder Judiciário.

Por isso, importante apresentar objetivamente os conceitos de *lei* e de *ato administrativo* que dão base ao estudo sobre o controle judicial políticas públicas que é realizado neste Capítulo '3'.

As leis devem ser entendidas, para os fins do presente trabalho, em sentido amplo. PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS ensina que devemos entender por lei “todo preceito escrito, emanado do poder competente de cada uma das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), dotado de imperatividade e coerção estatal, e que (...) deve ter por características a abstração, a generalidade e autonomia”.²⁰³ Ou seja, todos os atos que possuem natureza normativa e tenham as características acima descritas são consideradas leis em sentido amplo (ou atos normativos) passíveis de controle, ainda que emanados de forma atípica pelos Poderes Executivo e Judiciário.²⁰⁴

Relevante apontar que o autor ainda faz referência ao fato de que, para fins de controle de constitucionalidade, a lei ou o ato normativo devem ser autônomos e não podem, portanto, estar subordinados à outra norma infraconstitucional. Isso porque, nesse caso, seria hipótese de ilegalidade (violação reflexa à Constituição Federal) e não de inconstitucionalidade.²⁰⁵

Para a criação e implementação de políticas públicas, o termo *lei* pode ser entendido desde lei orçamentária, a principal na

²⁰³. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

²⁰⁴. Importante apontar que o autor ainda ensina que os atos normativos que tiverem *efeitos concretos e individuais* não estão sujeitos a controle de constitucionalidade, devendo ser impugnados por meio de ação popular ou mandado de segurança (*Direito processual constitucional*. Op. cit., p. 178).

²⁰⁵. *Idem*, p.171.

matéria (aqui não considerada obviamente a Constituição Federal), até os atos normativos emanados do próprio Poder Executivo.

Já no que se refere a ato administrativo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO o define como a “declaração do Estado (...) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.²⁰⁶

Em complementação, VITOR BURGO ensina que o ato administrativo, apesar de emanado muitas vezes por intermédio de uma lei infraconstitucional, deve obedecer aqueles princípios e regras constitucionais balizadores da Administração (processo de autodeterminação constitucional).²⁰⁷ Em outras palavras, o ato administrativo, ainda que não decorrente diretamente da Constituição, deve a ela estar vinculado a todo momento no que se refere aos princípios e normas balizadoras da atividade da Administração Pública.

Para fins do controle de atos administrativos que se propõe no presente estudo, adota-se a aceção mais ampla desse conceito, inclusive (e principalmente) aquela que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO classifica como “atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, (...) expedidos em nível imediatamente infraconstitucional”.²⁰⁸ Isso porque, como é cediço, são principalmente esses atos administrativos, de cunho político e governamental (e, por isso, diretamente lastreados e vinculados aos fundamentos e objetivos do Estado previstos nos arts. 1º e 3º da Constituição de 1988), que abrangem, garantem e dão efetividade às políticas públicas.

²⁰⁶. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 389.

²⁰⁷. “O deslocamento do substrato de fundamentação dos atos administrativos para a Constituição se dá por meio de um processo de autodeterminação constitucional, que transfere para a normatização direta de princípios e regras balizadoras da Administração. Como consequência óbvia, os atos administrativos passam a buscar validade na Constituição sem carecer de intermediação legal”. (BURGO, Vitor. O controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 74)

²⁰⁸. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 388.

Como expõe JULIANA MAIA DANIEL, os atos administrativos não são absolutamente vinculados à lei ou à Constituição (apesar de estarem sempre vinculados aos princípios constitucionais), pois é impossível se disciplinar todos os aspectos da vida social. Da mesma forma, tais atos não são absolutamente discricionários, pois isso geraria arbitrariedade por parte do administrador, o que não encontra respaldo na Constituição (muitas vezes o ato administrativo é obrigatório, sendo apenas a forma como emaná-lo objeto de discricionariedade). Os atos administrativos, em suma, possuem simultaneamente determinadas doses de vinculação legal e/ou constitucional e outras determinadas doses de discricionariedade, sem que as extremas possibilidades se realizem.²⁰⁹

Essas são as características dos atos administrativos, de acepção ampla, que interessam para o presente trabalho, que visa a analisar os procedimentos de controle judicial de constitucionalidade e legalidade que efetivam o controle judicial de políticas públicas.

3.4. Demandas coletivas

Como adiantado no item 3.2.1, é recomendável que o controle judicial de políticas públicas seja realizado principalmente por meio de demandas coletivas, tendo em vista que elas possuem procedimentos mais flexíveis e que permitem uma mais adequada participação dos interessados no resultado desse processo multipolar. Como consequência, as ações coletivas permitem que o juiz enxergue como um todo a política pública objeto do processo, ampliando a cognição sobre a matéria, fazendo com que profira uma sentença justa e que seja socialmente efetiva. Além disso, o processo coletivo é forma de democratizar a jurisdição e legitimar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas (cf. item 3.1).

Nesse sentido, SUSANA HENRIQUES DA COSTA e DÉBORA CHAVES MARTINES FERNANDES afirmam que “o processo coletivo é o principal instrumento processual que possibilita a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais, que pela sua própria

²⁰⁹. DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 96-97.

natureza possuem alto grau de abstração e necessitam de concreção por algum dos poderes de Estado”.²¹⁰

Segundo OSVALDO CANELA JR., no ordenamento brasileiro, a *ação civil pública* parece ser a mais adequada para o exercício da jurisdição que vise a controlar políticas públicas, ainda que não esteja expresso no art. 1º da Lei n. 4.717, de 24 de julho de 1985, a previsão para a defesa de direitos fundamentais sociais.²¹¹ Segundo o autor, “aplica-se, *in casu*, o princípio da não resistência instrumental à efetivação dos direitos fundamentais sociais”.²¹² No mesmo sentido, PEDRO LENZA afirma que o rol especificado no referido art. 1º não é taxativo e, portanto, é possível sim a realização de tal controle por meio da ação civil pública.²¹³

PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS também afirma que o rol previsto no aludido dispositivo não tira da ação civil pública “a inequívoca feição de ação constitucional, destinada a tutelar, de maneira semelhante ao que se dá com os demais remédios constitucionais, direitos e garantias constitucionais (fundamentais) que não estejam sendo respeitados, seja pelo Poder Público, seja pelos particulares”.²¹⁴ Ou seja, ao constar do art. 1º de referido diploma legal que a ação civil pública visa a combater atos do Poder Público que foram realizados em desacordo com os direitos e garantias constitucionais (fundamentais), não há dúvida que ela é um instrumento apto para o controle judicial de políticas públicas, que exerce um controle difuso de constitucionalidade.

²¹⁰. COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 366.

²¹¹. Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social.

²¹². CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

²¹³. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

²¹⁴. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p.442.

Nesse sentido, SUSANA HENRIQUES DA COSTA e DÉBORA CHAVES MARTINES FERNANDES confirmam que:

Principalmente por meio da ação civil pública, atribuiu-se ao Poder Judiciário a incumbência de dar concretização a princípios e valores constitucionais e, assim, definir no caso concreto qual interesse, entre vários, deverá ser reconhecido como interesse público e consequentemente tutela pelo ordenamento jurídico.²¹⁵

Os legitimados para ajuizar a *ação civil pública* são o Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações que estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano (e possuam em suas finalidades institucionais a proteção aos direitos tutelados na ação civil pública) (art. 5º da Lei 4.717/85). Como se nota, ainda que possa ser considerada como uma demanda que seja importante para o controle judicial de políticas públicas, a ação civil pública terá aquelas já mencionadas dificuldades de representatividade adequada dos vários grupos de interesse (cf. item 3.2.2), necessitando da realização de audiências públicas e da intervenção de *amicus curiae* para diminuir os efeitos de tal problema.

As disposições previstas para as ações coletivas no art. 81 e ss. do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) também podem auxiliar a ação civil pública no tramite da ação que vise a controlar judicialmente as políticas públicas.²¹⁶ Em *primeiro lugar*, porque já há previsão legal para isso. Nos termos do art. 21 da Lei 4.717/85,

²¹⁵. COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 366.

²¹⁶. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

“aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Em *segundo lugar*, como se verá no Capítulo 4, o art. 84 do CDC traz importante previsão a respeito do cumprimento da sentença proferida nessas ações, dando ao juiz poderes para tomar as providências necessárias que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Como visto anteriormente, as políticas públicas são complexas e a sua implementação depende de diversos fatores, que se modificam a cada caso e ao longo do próprio processo.²¹⁷ Dessa forma, a possibilidade de flexibilidade na execução do julgado, com adaptações eventualmente necessárias, é essencial para o controle judicial de políticas públicas.²¹⁸ Assim, ainda que sejam previsões feitas para direitos ou interesses acidentalmente coletivos,²¹⁹ as previsões do CDC auxiliam no trâmite da ação civil pública, adequada para o controle judicial de políticas públicas.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON alerta apenas para o perigo do ajuizamento das chamadas demandas ou ações pseudocoletivas, nas quais “o demandante legitimado extraordinariamente veicula pretensão individual em uma demanda coletiva, procurando desvirtuar o sistema jurisdicional de tutela de direitos transindividuais”. O autor exemplifica tais demandas com aquelas ações civis públicas que são ajuizadas para a obtenção do fornecimento de medicamentos para determinada pessoa, em que evidentemente “a pretensão é estritamente individual, não havendo o indispensável impacto múltiplo”.²²⁰ Como visto no item 3.2.1, ações que veiculam a pretensão individual não discutem a política pública como um todo, podendo, na verdade, acabar desvirtuando o

²¹⁷. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

²¹⁸. Voltar-se-á ao tema em todo o Capítulo 4, com estudo específico sobre o cumprimento de sentença nesse tipo de demanda judicial.

²¹⁹. GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 674.

²²⁰. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 1ª Ed., Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 188.

planejamento estatal para outras políticas públicas tão importantes quanto aquela discutida nesse processo pseudocoletivo.

Como se verá no item 3.6, o controle judicial de políticas públicas também pode ser exercido em ações constitucionais, que também são demandas de alcance coletivo, sendo que a ação popular muito se aproxima do grau de utilidade da ação civil pública (cf. item 3.6.5).

3.5. Demandas individuais e sua nocividade

Os direitos fundamentais sociais, cuja concretização depende de ações estatais positivas (políticas públicas), “são direitos de todos, mas também são direitos de cada um”.²²¹ Por isso, a doutrina afirma que os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos públicos.²²² Conjugando-se essa constatação com a previsão do art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não há dúvida que os direitos fundamentais sociais, se violados ou ameaçados, podem ser objeto de uma ação judicial individual.²²³ Ou seja, é possível que demandas individuais veiculem direitos que são ou deveriam ser objeto de políticas públicas.

Portanto, ainda que as demandas coletivas sejam as mais ideais para esse tipo de discussão (cf. itens 3.2 e 3.4), é necessário conviver com a ideia de que sempre será possível o ajuizamento das ações individuais que tenha como pretensão uma discussão de política pública, que é de interesse coletivo. Tais ações são chamadas pela doutrina de “ações pseudoindividuais”.

²²¹. 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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 406.

²²². TALAMINI, Eduardo. Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais a Prestações Positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155-156.

²²³. ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 327.

As demandas pseudoindividuais “são uma categoria de demandas nas quais se veicula uma pretensão individual de alcance coletivo; são, em síntese, demandas individuais de alcance coletivo”.²²⁴ Ou seja, são casos concretos em que se busca garantir a apenas um indivíduo específico os efeitos de uma política pública que deve ser realizada para toda a coletividade.

Como já visto nos itens 3.2 e 3.4, as ações individuais não permitem que a política pública seja discutida como um todo adequadamente, por não conseguir abordar todos os diversos interesses em jogo. E pior, ainda que haja uma ação coletiva ajuizada sobre a mesma matéria (ajuizada na mesma época em que se verificou a deficiência da política pública), por não haver litispendência, a ação individual prosseguirá e, por depender de menos atos complexos, muito provavelmente será julgada antes. Nas palavras de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON:

essa circunstância objetiva prejudica o correto julgamento da controvérsia macroscópica (ou molecular) em função de uma pretensão individual (ou atomizada), mas de nítido caráter coletivo, ser julgada antes da demanda coletiva correspondente, sem a participação de entes reconhecidamente legitimados para a defesa dos direitos coletivos.²²⁵

²²⁴. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 1ª Ed., Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 195. Um exemplo disso são aquelas ações individuais em que se busca vaga em conjuntos habitacionais. Determinada lei federal, estadual ou municipal prevê a forma de escolha daqueles que receberão unidades de determinado conjunto habitacional. Aqueles que não se encaixam nos requisitos dessa lei mas necessitam de moradia ajuízam ações individuais alegando que têm o direito constitucional à moradia (CF, art. 6º), razão pela qual não devem ser discriminados e devem também ser abrangidos por aquela política pública (Idem, p. 206). Ver na doutrina, entre outros, ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. Op. Cit., p. 309-332. SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 356-386. COSTA, Susana Henriques. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017, p. 397-420.

²²⁵. ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. Op. Cit., p. 327.

Com o apoio do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, HERMAN BENJAMIN, o referido autor ainda externa a preocupação no sentido de que “é certo que a anterior ‘solução de conflitos coletivos pela via da ação individual’ representa uma mutilação reflexa do direito de acesso à justiça’ de inúmeras pessoas”.²²⁶

Nesse sentido, como afirma MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO, o exemplo dessa patologia é o ajuizamento de múltiplas ações individuais contra o Estado, que visam ao fornecimento de medicamentos ou terapias que não estão “nas listas de dispensação obrigatória do SUS”. Isso porque, como o dinheiro é finito e a decisão judicial não pode ser descumprida pelo agente público, os outros indivíduos que também são atendidos por meio de políticas de fornecimento de medicamentos e terapias que estão nas listas do SUS (ou seja, já implementadas pelo Estado), terão o seu atendimento prejudicado ou efetivamente cortado (teoria do “cobertor curto”). Nas palavras do autor:

nesses casos, não há qualquer previsão orçamentária e nem mesmo qualquer plano para que o Poder Público custeie as necessidades do paciente. Com isso, a decisão judicial acaba impingindo um desarranjo nas contas da Administração Pública, prejudicando as políticas desenhadas pelo Executivo.²²⁷

Por essa razão, diante de um cenário como esse e da circunstância objetiva de que não é possível impedir o acesso à justiça por meio de demandas individuais, é então necessário analisar possíveis técnicas processuais que visem a amenizar a nocividade das ações individuais.

A esse respeito, o direito norte-americano prevê a possibilidade de se transformar a ação individual em coletiva (*class action*) nas hipóteses em que se verifica que a pretensão individual formulada é de alcance coletivo. Nas palavras de SUSANA HENRIQUE DA COSTA, tal mecanismo faz com que o juiz reconheça “que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa

²²⁶. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Op. cit., p. 207.

²²⁷. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde*. Op. cit., p. 377.

pequena parcela de um conflito massificado, de natureza coletiva. Diante desse reconhecimento, o direito empodera o magistrado a chamar para o processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão”.²²⁸

Esse mecanismo, apesar de muito útil, ainda não foi permitido no Brasil, sendo tal opção reafirmada recentemente por meio do veto ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015.

Apesar desse fato legislativo, o ordenamento brasileiro prevê outras formas de diminuir a nocividade das múltiplas ações individuais. Com efeito, SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/15, art. 976 e ss.) e o incidente de assunção de competência (CPC/15, art. 947), “desde que a única discussão envolvida seja de direito” e “desde que todos os possíveis interessados possam ser convocados para participar da deliberação”, “pode também servir para viabilizar a participação de todos os sujeitos na tomada de decisões que lhe interessam, de forma aglutinada”.²²⁹ A preocupação do autor quanto à participação de todos os possíveis é solucionada a partir do constatação de que, além de não vedada, é recomendada a intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas em tais incidentes processuais, conforme previsto no próprio Código de Processo Civil de 2015 (arts. 138 e 983). Além desse tipo de intervenção, no caso do IRDR, há previsão legal expressa para que os autores das ações individuais também possam intervir nos autos, uma vez que suas demandas serão suspensas no âmbito do tribunal que admitiu o IRDR, suspensão esta que pode ser estendida a âmbito nacional (CPC/15, art. 982, I e §3º).

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015, no §2º, inc. VI, ainda prevê que “os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para a centralização de processos repetitivos”. Como afirma SÉRGIO CRUZ ARENHART, “nesse caso, é evidente a vocação

²²⁸. COSTA, Susana Henriques. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. Op. cit., p. 407.

²²⁹. ARENHART, Sérgio Cruz, Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 432-433. O autor, apesar de ponderar como boa parte da doutrina de que o IRDR se adequa mais à discussão de direitos individuais homogêneos, não descarta a sua utilização em certas circunstâncias.

individual de cada demanda, mas que será tratada de forma coletiva e concentrada pelo Poder Judiciário”.²³⁰

Outra hipótese amenizar os problemas das ações individuais é o ajuizamento das ações de jurisdição constitucional (que serão melhor estudadas no item 3.6), por exemplo, de ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, com a solicitação de tutela cautelar para a suspensão de todas as ações que envolvam o ato normativo em discussão (arts. 12-F, §1º e 21 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999) ou a suspensão da própria eficácia do ato normativo.

Há um caso prático em que isso já ocorreu, mais especificamente aquele que se refere ao fornecimento da chamada “pílula do câncer” (que possui a substância fosfoetanolamina). Nesse caso, diversas ações individuais foram ajuizadas pelos pacientes contra o Poder Público,²³¹ com fundamento na Lei 13.269, de 13 de abril de 2016 - que autoriza a utilização da “pílula do câncer” - e no direito constitucional à saúde (CF, art. 6º).

O Poder Público, réu nessas ações individuais, afirma não está obrigado a fornecer essas pílulas, pois, além de não constar das listas do SUS, não há comprovação de sua efetividade no sentido de garantir melhora na saúde dos pacientes acometidos de câncer. Ao contrário, segundo o Poder Público, a utilização da pílula e o abandono dos tratamentos tradicionais coloca em risco a saúde e a vida dos pacientes, razão pela qual a Lei 13.269, de 13 de abril de 2016 é inconstitucional, pois viola o *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal. Além desses fatores nocivos, o Estado estava sendo obrigado a realocar recursos financeiros para suprir a demanda pela pílula em razão das decisões judiciais, prejudicando naturalmente outras políticas públicas também essenciais à população.

Como se nota, ficou-se diante de ações individuais com alcance coletivo que claramente estavam interferindo na política

²³⁰. Idem, p. 432.

²³¹. No caso, os réus dessas ações eram o Estado de São Paulo e a Universidade de São Paulo. Disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-por-pilula-do-cancer-travam-sistema-juridico-da-usp,10000016211>. Acesso em 12.07.2016.

pública de fornecimento de medicamentos e desarranjando o orçamento estatal para outras políticas públicas.

Após a enxurrada de ações individuais, a Associação Médica Brasileira ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 5.501 para combater a constitucionalidade da Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, requerendo cautelarmente ao Supremo Tribunal Federal a suspensão da eficácia de referida norma. A necessidade da cautelar eram duas: a) perigo do fornecimento à população de medicamento ainda não testado; e b) a desestabilização da política de saúde já implementada pelo Estado. Esse pedido cautelar foi acolhido em 16 de maio de 2016 pela maioria do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o que fez com que todos os processos individuais tivessem que aguardar o resultado da ADI para prosseguir.²³² Na sequência dessa decisão foram protocolados na ADI vários pedidos de intervenção como *amicus curiae*, bem como de designação de audiência pública, o que certamente ampliará a cognição judicial sobre a matéria, com a apresentação dos vários grupos de interesse. A ADI ainda tramita no Supremo Tribunal Federal.

Outros instrumentos processuais mais conhecidos também podem ser utilizados para que a matéria seja coletivizada, com a suspensão das demandas individuais. São os casos, por exemplo, do reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário (CPC/15, art. 1.035, §5º) e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (CPC/15, art. 1036, §1º).²³³

Como se nota, por mais que as indesejadas ações individuais com alcance coletivo possam ser ajuizadas, o ordenamento jurídico brasileiro provê instrumentos que amenizam a nocividade da multiplicidade de tais demandas, de modo que o Poder Judiciário possa discutir a questão em um processo coletivo e multipolar,

²³². Disponível no website do próprio Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966501>. Acesso em 25.10.2017.

²³³. A respeito de tais instrumentos processuais: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. In: *Revista de Processo*, Ano 38, Vol. 220, junho/2013, p. 14-31; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Op. cit., p. 209-223.

enxergando a política pública como um todo, a fim de proferir uma sentença que seja socialmente efetiva e adequada à realidade.

3.6. Ações constitucionais

Como já adiantado no item 3.5, as ações constitucionais, por exemplo a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), discutem questões que atingem toda coletividade, não à toa os efeitos das decisões nelas proferidas são *erga omnes*. Essa característica das ações constitucionais faz com que, uma vez ajuizadas e julgadas, diminui-se a indesejada multiplicidade de ações pseudoindividuais ajuizadas com um mesmo objetivo. Como se verá a seguir, o uso de instrumentos como o *amicus curiae* e a audiência pública é realizado em praticamente em todas elas, fazendo que com que haja, dentro do possível, uma representatividade adequada dos grupos sociais dentro do processo.

Por essas razões, faz-se necessário, a seguir, realizar alguns apontamentos sobre como é possível a realização do controle judicial de políticas públicas por meio de tais ações constitucionais, quando são discutidos os direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional. Por isso, a seguir será demonstrado como o controle judicial de políticas públicas pode ser realizado por meio das seguintes ações constitucionais: I) ações diretas de inconstitucionalidade genérica, por omissão ou interventiva (“ADIs”) (CF/1988, arts. 36, III, 102, I, ‘a’ e 103, §2º); II) ação declaratória de constitucionalidade (“ADECON”) (CF/1988, art. 102, inc. I, ‘a’); III) arguição de descumprimento de preceito fundamental (“ADPF”) (CF/1988, art. 102, §1º); IV) mandado de segurança coletivo (CF/1988, art. 5º, LXX); v) mandado de injunção (CF/1988, art. 5º, LXXI); e VI) ação popular (CF/1988, art. 5º, LXXIII).

3.6.1. ADIs e ADECON

A ação direta de inconstitucionalidade está regulamentada na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual prevê os requisitos da petição inicial, tramitação da ação, hipótese de concessão de medida cautelar e efeitos da decisão. Referida ação possui 3 (três)

modalidades: a) genérica; b) por omissão e c) interventiva. Nas 3 (três) modalidades o controle judicial de políticas públicas pode ser exercido.

A *ação direta de inconstitucionalidade genérica* (ou ADI), como soa lógico, é a mais comum para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pois, para o seu ajuizamento, basta a existência de uma lei ou ato normativo federal ou estadual que o legitimado ativo reputar estar em confronto direto com as previsões da Constituição Federal. A decisão que declara a inconstitucionalidade das leis nesse tipo de ação possui efeitos *erga omnes* (e *ex tunc*), por isso, não se nega os efeitos coletivos da sentença nela proferida.²³⁴

Os legitimados são muito semelhantes ao da ação civil pública, com algumas poucas diferenças. Isso resulta no fato de que nas ações diretas de inconstitucionalidade se encontrarão as mesmas dificuldades de representatividade adequada dos vários grupos de interesses, como ocorre na ação civil pública, conforme já abordado a fundo nos itens 3.2.2 e 3.4. Nos termos do art. 103 da Constituição Federal (repetidos no art. 2º da Lei 9.868, 10 de novembro de 1999), são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou

²³⁴. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos para antes de sua prolação (como se a lei não tivesse existido). Esse fato pode gerar repristinação. Isso quer dizer que reentraria em vigor uma lei que foi revogada pela lei agora declarada inconstitucional. O art. 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, autoriza o Supremo Tribunal Federal, mediante maioria qualificada (2/3 de seus membros), a modular os efeitos da decisão “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Dessa forma, caso o Supremo entenda que a repristinação poderá causar insegurança jurídica, pode então retirar da declaração de inconstitucionalidade o efeito *ex tunc* ou dar-lhe efeito *ex nunc* ou *pro futuro*. A esse respeito, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES afirmam que “entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 323-324)

do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como visto no item 3.5, a ADI genérica n. 5.501, que visa a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.269, de 13 de abril de 2016 (que autoriza a utilização da “pílula do câncer”), é um exemplo de ação direta de inconstitucionalidade que visa a controlar política pública relativa à saúde. Nesse sentido, o art. 3º de referida lei prevê que é de relevância pública a utilização da denominada “pílula do câncer”. Ou seja, o Poder Público seria obrigado a elaborar política pública para fornecê-la. Como adiantado no item 3.5, o Estado de São Paulo e a Universidade de São Paulo já estavam sendo alvo de múltiplas ações pseudoindividuais para obtenção da pílula. Contudo, segundo a Associação Brasileira Médica (autora da referida ADI), por não ter sido ainda testada e comprovada a eficácia da pílula por meio da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e do Ministério da Saúde, a autorização de sua utilização gerava risco à saúde dos pacientes, violando o art. 6º e 196 da Constituição Federal. Como se nota, em referida ADI, combateu-se claramente uma política pública estabelecida em lei federal sobre a liberação de determinado medicamento aos indivíduos, legitimando-se a utilização dessa ação constitucional para esse fim.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como o próprio nome revela, tem por objetivo combater a omissão do Poder Legislativo ou da Administração Pública em dar efetividade à norma constitucional. Em outras palavras, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é admissível na hipótese de: *a)* o Legislativo não ter elaborado a norma infraconstitucional que solicita a norma constitucional; ou *b)* a Administração não ter realizado o ato que dê efetividade à norma constitucional (Lei 9.868/99, Cap. II-A).

A doutrina afirma que o principal efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal nesse tipo de ação, conforme previsto no §2º do art. 103 da Constituição Federal, é justamente para sanar a dita “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.²³⁵ Confirmam-se os termos de referido dispositivo constitucional:

²³⁵. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 252.

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Como se nota, há uma peculiaridade nessa declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, nesse caso de uma omissão legislativa, não há lei a se declarar inconstitucional. Dessa forma, o comando da sentença é para que o Poder Legislativo ou determinado órgão administrativo supram a omissão inconstitucional, a fim de dar efetividade à norma constitucional por meio de uma lei ou ato normativo a ser elaborado.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é classicamente utilizada para o controle judicial de políticas públicas. Isso porque, com o perdão da redundância, visa a suprir a omissão do Poder Público com relação à realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição. O Informativo n. 579 do Supremo Tribunal Federal confirma tal afirmação. Referido Informativo apresenta acórdão relatado pelo Min. CELSO DE MELLO, o qual afirmar que:

o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis (Ag. Reg. Na STA 175-CE).

Portanto, resta evidente que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é importante instrumento para o controle judicial de políticas públicas. Além disso, como é perceptível da previsão constitucional, essa ação não combate somente a omissão de ato normativo, mas também pode ser utilizada para o controle de constitucionalidade daquele ato administrativo não realizado pela Administração apesar da determinação constitucional. Com efeito, nos termos do art. 12-B, inc. I da Lei 9.868, de 10 de

novembro de 1999 prevê que:

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar *ou quanto à adoção de providência de índole administrativa*;

A respeito dessa ação judicial, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO afirmam que:

o objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar e efetividade de norma constitucional.²³⁶

A realização do controle judicial de políticas públicas por meio dessa ação constitucional é evidente, uma vez que visa a combater justamente a morosidade administrativa que assola o país e é reconhecidamente o principal motivo da não efetivação de direitos fundamentais sociais.

Por fim, há também a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*. Em suas lições, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS ensina que tal ação possui 2 (dois) objetivos: I) o primeiro, de ordem jurídica, que é a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei no exercício da competência estadual; e II) o segundo, de ordem política, que é a decretação de intervenção do Estado-membro ou no Distrito Federal.

A doutrina majoritária afirma que a previsão constitucional para ajuizar tal ação interventiva está no art. 34, inc. VII da Constituição Federal, o qual prevê que:

²³⁶. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.200

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.²³⁷

Como ensina ALEXANDRE DE MORAES, estes são os princípios constitucionais mais sensíveis para o Estado, razão pela qual a sua não obediência pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal gera a necessidade de uma intervenção.²³⁸

Ao contrário das demais ações diretas de inconstitucionalidade (genérica e por omissão), apenas o Procurador-Geral da República é legitimado a ajuizar referida ação interventiva. Nos termos do inc. III do art. 36 da Constituição Federal, “a decretação de intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”. Assim, a representatividade adequada nessa

²³⁷. Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; CUNHA JR., Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013; MORAES, Humberto Peña de. Do processo interventivo, no contorno do estado federal: da intervenção federal nos estados e no Distrito Federal. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada: Emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005.

²³⁸. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 773. Importante deixar claro que apenas se fala em caráter incidental da declaração de inconstitucionalidade da lei de competência estadual, pois o objetivo primário desta ação é a própria necessidade de intervenção. Somente por se tratar de um controle abstrato entre a norma estadual e a Constituição, que tal ação é incluída na modalidade de controle concentrado de constitucionalidade. Em suma, nessa ação é realizado um controle direto ou abstrato, mas para fins concretos (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p.262).

ação constitucional é claramente afetada por essa limitação no rol de legitimados ativos.

A ação interventiva é evidentemente uma forma de controlar judicial as políticas públicas. A própria previsão constitucional legitima tal afirmação, uma vez que o art. 34, inc. VII, alínea 'e' afirma que a intervenção federal ocorrerá para “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

Outra ação judicial possível é a *ação declaratória de constitucionalidade* (ou ADECON), a qual, como o próprio nome faz referência, visa à declaração de constitucionalidade de determinada lei. Referida ação também está regulamentada pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 e compartilha com a ação direta de inconstitucionalidade genérica as mesmas previsões de legitimados e efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei.

Em um primeiro momento, pode-se ter a reação de que a previsão de uma ação com objetivo de declarar a constitucionalidade de uma lei (em âmbito abstrato) vise a tornar o Supremo Tribunal Federal em um órgão de consulta. Contudo, como o próprio Supremo indicou, a ação declaratória de constitucionalidade tem cabimento quando houver controvérsia generalizada sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, sendo que a decisão a ser proferida pelo Supremo nessa hipótese terá como objetivo principal atribuir segurança jurídica ao sistema. Em outras palavras, quando houver discussão judicial generalizada, via controle difuso da constitucionalidade de determinada lei, a ação declaratória de constitucionalidade será admissível.²³⁹

O controle judicial de políticas públicas, no caso do ajuizamento da ADECON, possui alcance mais restrito do que no do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Isso porque a ADECON visa a declaração de constitucionalidade da lei, sendo, portanto, apenas um instrumento de ratificação da política

²³⁹. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p.246.

pública prevista nessa lei objeto da demanda.²⁴⁰

Ressalte-se que, apesar das ações declaratórias de inconstitucionalidade possuírem limitação quanto aos legitimados para promover a demanda, a própria Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 9º, §1º, prevê expressamente a possibilidade da realização de audiências públicas para dar voz aqueles grupos que tenham interesse no resultado da demanda e conhecimento da matéria. A utilização de *amicus curiae* nessas ações é utilizada em praticamente em todas as oportunidades.²⁴¹

Diante disso, não há dúvida de que todas as modalidades de ação direta de inconstitucionalidade são instrumentos hábeis a promover o controle judicial de políticas públicas, respeitando-se as peculiaridades de cada uma delas.

3.6.2. ADPF

O art. 1º da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, prevê que “a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. UADI LAMMÊGO BULLOS afirma que essa ação constitucional nasceu inspirada “no recurso constitucional do direito alemão (*Verfassungbeschwerde*), que funciona como queixa constitucional perante o *Bundesverfassungsgericht*, almejando a tutela de direitos fundamentais e de certas situações subjetivas lesadas por um ato de autoridade pública”.²⁴²

Assim, sendo tal demanda uma forma de assegurar preceitos fundamentais da Constituição Federal perante atos do Poder Público,

²⁴⁰. FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

²⁴¹. Relevante mencionar apenas que não se esquece que o art. 7º da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, impede a intervenção de terceiros como parte na demanda. Contudo, o próprio §2º de tal dispositivo flexibiliza a questão, ao prever que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades”.

²⁴². BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.023.

o que inclui direitos fundamentais sociais, não há dúvida que se trata de instrumento de controle judicial de políticas públicas. Um exemplo é a ADPF n. 45, que foi julgada sob relatoria do Ministro CELSO DE MELLO e visava a combater veto presidencial que importava em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Em decisão monocrática, o Ministro CELSO DE MELLO foi enfático no sentido de que ADPF, nesse caso ajuizado contrato ato administrativo do Presidente da República, “é instrumento idôneo e apto a concretização de políticas públicas”. Importante aqui a leitura de trecho relevante de referida decisão:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República (j. 04.05.2004).

O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999 de referido dispositivo prevê que também caberá arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Como é evidente, nessa hipótese, também haverá controle judicial de políticas públicas, mais especificamente quando a controvérsia constitucional se der sobre direitos fundamentais sociais sobre lei ou ato normativo.

Portanto, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* está apta a realizar o controle judicial de políticas públicas.

3.6.3. Mandado de segurança coletivo

O *mandado de segurança coletivo*, por sua vez, visa a garantir direito líquido e certo, na hipótese de o paciente (no caso, a coletividade) sofrer lesão ou ameaça a direito, por ação ou omissão da autoridade.²⁴³ Os direitos tutelados em tal demanda têm natureza de direitos coletivos em sentido amplo, em sua maioria previstos na Constituição Federal. Esses direitos coletivos em sentido amplo são tidos como o gênero do qual são parte os direitos coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos e difusos (cf. item 2.4).²⁴⁴

A esse respeito, não há dúvida de que o mandado de segurança coletivo muitas vezes é utilizado para garantir os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal (CF, arts. 5º a 11). Tanto é assim, que os legitimados constitucionais para propor o mandado de segurança coletivo são justamente “a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (CF, art. 5º, LXX). Como se nota, a Constituição previu legitimados muito reduzidos quando comparados com aqueles previstos para a ação civil pública e das demais ações constitucionais, o que dificulta a representatividade adequada debatida no item 3.2.2, mas há quem defenda na doutrina que, por isso mesmo, esse rol não é taxativo e pode ser ampliado.²⁴⁵

²⁴³. Ainda sobre o mandado de segurança, o Enunciado da Sumula n. 266 do Supremo Tribunal Federal proíbe expressamente o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em face lei ou ato normativo, salvo na hipótese de lei de efeitos concretos (“Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”).

²⁴⁴. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 401; PINTO, Marcos Vinicius. *O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, p. 29.

²⁴⁵. Aqui vale mencionar a crítica de LUIS GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, no sentido de se questionar se o referido dispositivo legal prevê um rol taxativo de legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, uma vez ser muito restritivo quando comparados aos legitimados para propor as outras ações coletivas, principalmente a ação civil pública (apesar de possuir alguns mesmos legitimados). Segundo os autores, “a garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás será muito salutar) que seja ampliada. Daí ser possível questionar-se da possibilidade de autorizar os legitimados para as ações civis públicas a proporem mandado de segurança coletivo”. (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 693). Apesar desse entendimento, a jurisprudência do STF ainda é tímida a esse

Apesar dessa limitação com relação aos legitimados, a matéria objeto do mandado de segurança coletivo não sofre algumas limitações da ação civil pública. Como afirma MARCOS VINICIUS PINTO:

o mandado de segurança coletivo se torna uma poderosa ferramenta para a tutela de direitos coletivos em sentido lato, até mesmo por não sofrer as restrições impostas à ação civil pública com relação à discussão de *'tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados'*.²⁴⁶

A respeito do deferimento de liminares em mandado de segurança coletivo, importante mencionar que o §2º do art. 22 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, traz importante previsão que muito auxilia nas demandas que envolvem políticas públicas. Isso porque referido dispositivo prevê que, antes de ser deferida a liminar, deve ser ouvida previamente a autoridade pública, a fim de que preste esclarecimentos sobre a matéria objeto do *writ*. No que tange a políticas públicas, isso é essencial, pois, como já visto neste trabalho, o deferimento desenfreado de liminares, sem o conhecimento do orçamento público, da programação do Estado e das políticas públicas já implementadas, pode fazer desestabilizar o sistema, gerando prejuízos a outros indivíduos que dependem de políticas públicas tão ou mais importantes que aquela que são objeto do *writ*.

Nesse sentido, MARCOS VINÍCIUS PINTO afirma que:

o imperioso estabelecimento do contraditório prévio pode coibir o deferimento equivocado de tutelas de urgência em demandas coletivas, realidade verificada principalmente em casos envolvendo Políticas públicas, nos quais, não

respeito, e entende como taxativo o rol de legitimados (STF, Pleno, AgRg na Rcl 1.097/PE, rel. Min. MOREIRA ALVES. DJ 12.11.1999, p. 102 e MS 21291 AgR-QO, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, j. 12/04/1991).

²⁴⁶ PINTO, Marcos Vinicius. *O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, sob a orientação da Prof. ADA PELLEGRINI GRINOVER, p. 35-36.

raras vezes, a falta de informações e dados científicos, a limitação de orçamento, bem como distanciamento dos magistrados entre si (no caso de multiplicidades de demandas individuais e coletivas), dificultam o proferimento de decisões equilibradas e justas. Em outros termos, queremos dizer que o risco de uma decisão inexecúvel, lesiva ao Poder Público, proferida em cognição sumária, sem a devida reflexão e temperamentos, no *writ* coletivo, justifica o teor art. 22, §2º, que impõe primeiro a oitiva da parte contrária para só depois viabilizar a possibilidade da concessão da liminar.²⁴⁷

Portanto, o mandado de segurança coletivo é uma das ações constitucionais apta para o controle judicial de políticas públicas, inclusive, as previsões legais a ele inerentes auxiliam a manter os serviços públicos existentes por ocasião do deferimento de liminares, mediante um prévio contraditório, ao contrário do que acontece rotineiramente com as tutelas de urgência deferidas em ações pseudoindividuais (Cf. item 3.5).²⁴⁸

²⁴⁷. Idem, p. 199. Importante anotar que esse entendimento, de estabelecimento prévio do contraditório, foi prestigiado no Projeto de Lei nº 8.058/2014, que visa a instituir “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”: Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado: I – o planejamento e a execução existentes; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido. Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

²⁴⁸. Aqui ainda vale fazer nota da crítica de MARCOS VINICIUS PINTO com relação à inconstitucionalidade do *caput* do art. 22 da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que impõe a *res judicata* prejudicial coletiva “aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Isso porque, em caso de não concessão da segurança, estariam aqueles vinculados aos legitimados impedidos de buscar o direito fundamental subjetivo por via própria, violando a garantia fundamental de acesso à justiça (Idem, p. 153-154). Como afirma RICARDO DE BARROS LEONEL, “a regra geral é de que os indivíduos nunca sejam prejudicados pela ação coletiva”, o que não parece ser o caso do referido dispositivo

3.6.4. Mandado de injunção

O *mandado de injunção* é ação constitucional que visa a suprir a omissão do Poder Legislativo no que se refere à concretização, por meio de norma regulamentar, dos direitos constitucionais. Nos termos do art. 5, inc. LXXI da Constituição de 1988, “conceder-se-á o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Referida ação constitucional auxiliará o controle das políticas públicas naqueles casos em que houver omissão legislativa para regulamentar normas constitucionais que garantam a concretização dos direitos constitucionais sociais, que são inerentes ao pleno exercício da cidadania (Cf. item 2.2 e 2.3).²⁴⁹

O mandado de injunção poderá ser individual ou coletivo. O mandado de injunção individual pode ser proposto por qualquer interessado. Apesar da falta de previsão legal, a doutrina aponta que os legitimados para propor o mandado de injunção coletivo, por analogia, devem ser os mesmos do mandado de segurança coletivo, algo que traz consigo todas as dificuldades de representação adequada de referido *writ* (cf. 3.6.3).²⁵⁰

No passado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendia que a decisão proferida no mandado de injunção deveria apenas conceder a ordem para o órgão legislar sobre a matéria, sem dar solução imediata ao caso concreto. Contudo, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal entende que a decisão já pode conceder uma solução normativa ao caso, a fim de que o direito

(LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 455).

²⁴⁹. Um exemplo são as normas regulamentadoras na área da educação, que visam ao desenvolvimento e pleno exercício da cidadania. Nesse sentido, o próprio art. 205 da Constituição Federal prevê que “a educação [direito fundamental social; art. 6º], direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Os arts. 207 e 214 da Constituição Federal são exemplos de normas constitucionais que necessitam de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

²⁵⁰. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. Op. Cit., p. 422-423.

buscado novamente não fique à mercê da inação do Poder Legislativo, ainda que se dê um prazo a ele para que legisle sobre a matéria. Assim, o direito já poderá ter fruição imediata pelos interessados.²⁵¹

Nesse sentido, no Mandado de Injunção n. 721/DF (Rel. Min. MARCO AURÉLIO), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma servidora do Ministério da Saúde fazia jus à aposentadora especial e, por falta de previsão legal, aplicou para ela o regime geral da Previdência Social, que regula a questão no âmbito da iniciativa privada.²⁵²

A competência para julgar o mandado de injunção dependerá do órgão ou autoridade que deveria ter elaborado a norma regulamentadora. Se a edição da norma depender de órgãos do Congresso Nacional, a competência será do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, ‘q’), se depender dos órgãos da administração direta ou indireta (excetuado os de competência dos tribunais da esfera federal), será o Superior Tribunal de Justiça (CF/1988, art. 105, ‘h’).²⁵³

3.6.5. Ação popular

A doutrina remete a origem da *ação popular* ao direito romano, “por meio da denominada *actio popularis*, que permitia a qualquer um do povo valer-se daquela ação para a defesa dos interesses da coletividade, da coisa pública (*res publica*)”.²⁵⁴ Naquela época, como anota RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “a relação

²⁵¹. ONODERA, Marcos Vinicius Kiyoshi. O controle judicial de políticas públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e Perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 427-428; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192-193.

²⁵². Lembre-se que a *previdência social* é um dos direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da CF/1988.

²⁵³. As Constituições dos Estados-membros também podem prever, no âmbito estadual, a previsão de mandado de injunção cujo julgamento será dos Tribunais de Justiça locais.

²⁵⁴. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, Direito processual constitucional, Op. Cit., p. 427; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., 2005, p. 199.

entre o cidadão e a res publica era calcada no sentimento de que esta última pertencia em algum modo a cada um dos cidadãos”.²⁵⁵

No Brasil, a primeira previsão da ação popular constou da Constituição de 1934, sendo prevista em todas a partir de então, com exceção da Constituição de 1937. Atualmente, nos termos do art. 5º, LXXIII da Constituição de 1988, a *ação popular* pode ser ajuizada por qualquer cidadão com o objetivo de anular ou declarar nulo ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Há quem defenda que a ação popular somente possa ser ajuizada em caso de ato lesivo ao patrimônio público, não sendo possível ser ajuizada pelo motivo autônomo de violação à moralidade administrativa e ao meio ambiente. Esse argumento está fundado na Lei nº 4.717, 29 de junho de 1965, que regula a ação popular. O art. 1º, *caput* e §1º de referida lei limita o termo “patrimônio público” previsto no dispositivo constitucional, em “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Em função disso, a princípio, não seria possível mesmo identificar relação entre o bem tutelado pela ação popular fundada em ato lesivo ao patrimônio público (definido em aludido dispositivo) e os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, que motivam a realização das políticas públicas essenciais à dignidade humana e que, eventualmente, possam compor o conceito de mínimo existencial.

Contudo, há muito a doutrina defende que “a moralidade administrativa foi alçada ao patamar de causa autônoma de proteção pela via da ação popular”, o que também o é a lesão ao meio ambiente.²⁵⁶ Assim, é possível identificar as duas hipóteses em que a ação popular pode ser utilizada sem a necessidade da existência de ato lesivo ao patrimônio público. E, será nessas hipóteses, que a ação

²⁵⁵. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

²⁵⁶. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 200; Nesse mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio de Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 972. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27ª ed, São Paulo: Atlas, 2014, p. 885.

popular auxiliará no controle judicial de políticas públicas.

A *primeira* hipótese, como visto, refere-se aos casos em que houver ofensa à moralidade administrativa.²⁵⁷ Nessa hipótese, o ajuizamento da ação popular buscaria controlar: I) aquelas políticas públicas já implementadas, cujos atos do administrador, que violam a moralidade administrativa, estejam fazendo com que a política pública, que visa a realizar direito fundamental social, fuja dos trilhos para a qual foi programada, prejudicando os indivíduos que delas necessitam; ou II) aquelas políticas públicas que compõem o mínimo existencial que, em razão de atos do administrador que violam a moralidade administrativa, ainda não foram implementadas.

Assim como a doutrina, a jurisprudência também se divide quanto à possibilidade de a moralidade administrativa, de forma autônoma, ser suficiente para ensejar o ajuizamento da ação popular. Entretanto, julgamentos recentes do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁸ e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo têm alterado essa lógica e confirmado a possibilidade defendida pela doutrina, no sentido de permitir que cidadãos ajuízem ações populares com o objetivo de controlar os atos imorais do administrador público, que violem a moralidade administrativa e prejudiquem a realização de políticas públicas que visam a concretizar direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, confira-se um exemplo didático do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual a sentença de primeiro grau extinguiu a ação popular, sem julgamento de mérito, prestigiando o

²⁵⁷. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, “a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. (...) Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os princípios da lealdade e boa-fé (...). Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados a sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que as orientações firmadas pela Administração em dada matéria, não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia” (*Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 122-123).

²⁵⁸. “A jurisprudência do STJ admite o ajuizamento de ação popular na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistam danos materiais ao patrimônio público” (REsp 964.909/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 27/10/2009).

entendimento antigo quanto à limitação do ajuizamento da ação popular quando há ato lesivo ao patrimônio público. Contudo, esse entendimento foi revisto em segundo grau, momento no qual o Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de o ajuizamento da ação popular ter como causa autônoma a ofensa à moralidade administrativa:

AÇÃO POPULAR – Alegação de ofensa à moralidade administrativa – Construção de teatro no Município de Campinas, quando a cidade ainda necessita de outros investimentos em setores básicos, tais como educação e saúde – Extinção da ação sem julgamento do mérito por ausência de interesse de agir – Sentença reformada para que a ação prossiga, a fim de viabilizar o contraditório e a instrução processual – A ação popular também presta-se à defesa da moralidade administrativa que independe de demonstração de prejuízo ao erário público – Recurso provido.

Voto. (...) A ação popular é o instrumento processual mediante o qual é possível ao cidadão buscar a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, CF).

Uma interpretação literal do dispositivo reproduzido acima, nos faz perceber que a ação popular prestasse tanto à proteção do erário e patrimônio público quanto à moralidade administrativa. Isso significa que, mesmo diante de caso em que, a princípio, não haja a demonstração de efetiva lesão ao erário público ou de ilegalidade, existe a possibilidade de se ingressar com a ação popular para a exclusiva defesa da moralidade administrativa.

Não por outra razão, Maria Sylvia Di Pietro, afirma que a imoralidade sempre foi defendida como fundamento suficiente para a Ação Popular. Nesse sentido, ainda ensina: *‘Hoje a ideia se reforça pela norma do artigo 37, caput, da Constituição, que inclui a Moralidade como um dos princípios a que a*

Administração Pública está sujeita. Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à Ação Popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para a propositura da Ação Popular, independentemente da demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à Moralidade Administrativa'. (DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo, 27ªed, p. 885).

Ou seja, a ação popular ajuizada para a defesa da moralidade administrativa não é apenas cabível como se mostra um relevante instrumento processual de fiscalização da Administração Pública pelo cidadão.²⁵⁹

A *segunda* hipótese de ajuizamento da ação popular sem a necessidade de ato lesivo ao patrimônio público definido no §1º do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, é aquela relativa à lesão ao meio ambiente. Nessa hipótese, o controle judicial de políticas públicas é exercido por meio da ação popular nos casos em que a lesão ao meio ambiente faz com que, via reflexa, os direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição de 1988 sejam violados. Julgamento didático do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento, no qual restou autorizado o ajuizamento de ação popular contra o Município de Cubatão/SP, com o objetivo de que fosse implementada política pública (que já estava programada) que teria por objetivo amenizar os danos ambientais causados pela atividade industrial, a fim de que a saúde dos cidadãos locais não fosse mais colocada em risco:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. CUBATÃO-SP. DESAPROPRIAÇÃO PARA RETIRADA DE FAMÍLIAS DE ÁREA DE ALTÍSSIMA POLUIÇÃO AMBIENTAL E RISCO COMPROVADO À SAÚDE. PARQUE

²⁵⁹. TJ-SP; Apelação 1005870-36.2015.8.26.0114; Relator Desembargador MAGALHÃES COELHO; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; j. 22.08.2016.

ECOLÓGICO (UNIDADE DE CONSERVAÇÃO MUNICIPAL) NÃO IMPLEMENTADO. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA. NÃO-OCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA OU AÇÃO POPULAR PARA FAZER VALER A EXATA DESTINAÇÃO ORIGINAL DO IMÓVEL. (...) 9. Não obstante se negue aos recorrentes o direito de reaver o bem ou receber perdas e danos (litígio em que se enfrentam a municipalidade e particulares, ex-proprietários do imóvel), cabe consignar que, em outro plano (Administração municipal versus coletividade), a suposta implantação de novas atividades poluidoras na área expropriada configura, em tese, inaceitável incentivo municipal à degradação ambiental, precisamente o fato que deu ensejo à desapropriação. Conseqüentemente, nada impede que qualquer legitimado possa ingressar com Ação Civil Pública ou Ação Popular para obrigar a Administração a dar à área a exata destinação ambiental que, originariamente, justificou sua incorporação ao patrimônio público. 10. Considerando-se as péssimas condições ambientais da região, afetada por intenso e desordenado processo industrial por mais de meio século, caracteriza, novamente em tese, grave violação da boa-fé objetiva e da moralidade administrativa deixar de implantar Unidade de Conservação, que serviria não só para salvaguardar os moradores-vítimas da zona contaminada, como também as gerações futuras, as quais, espera-se, não sejam submetidas ao sofrimento coletivo imposto aos seus antepassados. 11. Assim, o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão não afasta o dever de o Município dar ao imóvel público destinação ambientalmente sustentável. 12. Recurso Especial não provido.²⁶⁰

²⁶⁰. STJ, REsp 853.713/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 06.08.2009.

Com isso, não resta dúvida que a jurisprudência pátria está atenta ao fato de a ação popular poder ser ajuizada pelos motivos autônomos de violação à moralidade administrativa e de violação ao meio ambiente, sendo que, nessas hipóteses, como visto, ela se torna um instrumento muito eficiente de controle judicial de políticas públicas, ao lado da ação civil pública.

Importante ressaltar que, apesar de a ação popular poder ser ajuizada por apenas um cidadão, ela se trata de uma demanda individual, mas de alcance declaradamente coletivo. Isso porque a ação popular não visa a somente assegurar um direito subjetivo, mas o direito de toda a coletividade, uma vez que combate ato do administrador público no exercício de suas funções relativas às ações estatais que atingem toda a coletividade. Como afirma a doutrina, “tais trações evidenciam o cunho de ação coletiva da ação popular”.²⁶¹ Tanto é assim que o §5º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, prevê que “é facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular”.

Obviamente, como discutido no item 3.2.2, dar legitimidade ativa a qualquer cidadão para ajuizar ação coletiva não significa que essa será a melhor forma de representar os interesses coletivos em jogo, ainda que o autor-cidadão tenha a melhor das boas intenções e consiga expressar de certa forma os interesses dos grupos sociais envolvidos. Por isso, é necessário que o magistrado atue ativamente, de forma a verificar a legitimidade adequada dos interesses em jogo (cf. item 3.2.3). Esse fato já tem sido observado pela magistratura, sendo comum em ações populares as intervenções de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, instrumentos que, como já visto neste trabalho, muito ajudam ao juiz analisar todas as facetas da matéria, o que culmina na prolação de uma sentença *socialmente efetiva* e que não seja discrepante da realidade dos fatos (cf. item 3.2.3).

Como se nota, a ação popular é um dos instrumentos que, ao lado da ação civil pública (cf. 3.4), muito ajudam na defesa em juízo dos interesses coletivos, principalmente no controle de políticas públicas.

²⁶¹. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 202.

CAPÍTULO 4: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. Nota introdutória ao capítulo

O processo judicial que visa ao controle de políticas públicas não pode simplesmente terminar em mero reconhecimento de que o Poder Público deve, por meio de ações positivas (políticas públicas), concretizar os direitos fundamentais sociais. Isso porque a própria Constituição Federal de 1988 já traz essa exigência ao Estado, impondo e delimitando as obrigações do Poder Legislativo e Executivo para alcançar tais objetivos, conforme exposto em seus arts. 1º e 3º. Um provimento jurisdicional nesse sentido é a mera reafirmação do texto constitucional.

Por isso, se a atividade jurisdicional não for além da mera declaração de violação a direito fundamental social, os Poderes majoritários não alterarão sua conduta e os motivos que levaram ao ajuizamento da ação (omissões ou comissões inconstitucionais) continuarão existindo. Por essa razão, o Poder Judiciário deve se utilizar de todos os mecanismos (conciliatórios e coercivos) disponíveis para que a atividade jurisdicional se prolongue no tempo, de forma a garantir que seja cessada a violação ao direito fundamental social objeto do processo, adequando, planejando e fiscalizando as necessárias ações positivas do Estado que culminarão na implementação da buscada política pública.

Dessa forma, o processo judicial que visa ao controle de políticas públicas deve se consubstanciar no que a doutrina denomina de *processo sincrético*, “assim chamado aquele que se desenvolve em duas fases, a primeira de conhecimento e a segunda de execução (ou, como se diz na linguagem adotada pelo CPC, cumprimento de sentença)”.²⁶²

Neste capítulo, que é o coração deste trabalho, demonstrar-se-ão os atos que o Poder Judiciário deve promover após a fase de conhecimento, para que seja efetivamente concretizado o objetivo da pretensão veiculada no processo que visa à implementação de

²⁶². CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 266.

políticas públicas pelo Estado, desde a forma como deve ser prolatada a sentença até a sua execução (ou cumprimento de sentença).

4.2. Condenação do Estado à obrigação de fazer: a decisão estrutural

Antes da análise relativa à condução do cumprimento da sentença, faz-se necessário analisar de que forma tal sentença deve ser proferida.

Diante do que foi estudado no Capítulo 2, o Estado Social presume ações estatais positivas, as quais têm por objetivo concretizar os direitos fundamentais sociais por meio da criação e implementação de políticas públicas. Assim, pode-se concluir que a sentença que julga procedentes os pedidos formulados em processo judicial que visa ao controle de políticas públicas deve declarar a violação ao direito fundamental social e, principalmente, condenar o Poder Público à obrigação de fazer consubstanciada em tais ações positivas.

Consigne-se, desde já, que não há hipótese para uma condenação pecuniária contra o Estado. Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, “a condenação pecuniária do Erário Público reflete-se, negativamente, sobre toda a população, sem dar adequada satisfação aos que seriam beneficiados com a execução da política negligenciada”.²⁶³

Em outras palavras, a condenação pecuniária do Poder Público (que é usual no processo tradicional bipolar e adversarial): I) pode acabar por desordenar as demais políticas públicas do Estado, tão essenciais quanto aquela que é objeto do processo em que proferida a condenação; II) não adequará a forma de atuação do Estado com relação à concretização do direito fundamental social que foi objeto do processo; e conseqüentemente III) os indivíduos que necessitam de tal política pública continuarão na mesma situação inconstitucional de indignidade.

²⁶³. COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

Dessa forma, o comando da sentença desse tipo de processo somente pode ter como objeto uma obrigação de fazer, com a determinação de que: I) o Poder Público saia da inércia (ou omissão) para criar a política pública necessária nos termos da Constituição e da Lei; ou II) realize adequações na política pública criada ou implementada de forma inconstitucional (nesse sentido, vide também item 3.1.1).

Como visto no item 3.2.1, os processos estruturais (ou de interesse público), estudados neste trabalho, buscam a reorganização ou a reconstrução das instituições estatais, de forma que, por meio da adequação das ações do Poder Público, o direito fundamental social não seja mais violado e sejam proporcionadas aos indivíduos condições para o exercício de uma vida digna no futuro. Assim, por meio dessa reconstrução de determinadas estruturas de Estado, será possível criar mecanismos para a adequada implementação da política pública que visa a concretizar o direito fundamental tido por violado. É por isso que a sentença proferida no processo estrutural, com o perdão da redundância, também é chamada de *decisão estrutural*.

Nesse sentido, SÉRGIO ARENHART confirma que:

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. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.²⁶⁴

Como conclui OWEN FISS em suas lições, a decisão estrutural tem por objetivo ajustar o comportamento futuro do

²⁶⁴. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr.; Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 355.

Estado, para que se construa uma nova realidade, sem qualquer intenção de que se retorne à forma de viver existente antes do início do processo judicial.²⁶⁵ A forma de viver da sociedade se altera rapidamente, não podendo se voltar ao passado. O que é necessário é alterar a forma inconstitucional como o Estado está lidando com a vida dos indivíduos, reorganizando as suas estruturas organizacionais e não retirando o dinheiro do orçamento de forma desordenada.

Sob essa perspectiva, fica evidente, portanto, que uma sentença que profere mera condenação pecuniária não provocará a necessária reorganização das estruturas de Estado. Ao contrário, pode desorganizá-las ainda mais por meio de uma intervenção desordenada no orçamento público.

Como prevê o próprio Código de Processo Civil, a conversão da condenação da obrigação de fazer em perdas e danos somente tem o aspecto de compensar erros do passado que geraram a impossibilidade de realizar determinada obrigação de fazer.²⁶⁶ Contudo, as obrigações de fazer pretendidas nos processos estruturais, as quais se consubstanciam na realização de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, dificilmente (ou quase nunca) se tornarão impossíveis ou impedidas de ser realizadas. Como já visto no item 3.1.1, as obrigações de fazer buscadas nesse tipo de processo ou estarão sendo indevidamente postergadas pelo Estado, ou estão sendo colocadas em prática de forma equivocada, sem dar efetividade aos direitos fundamentais sociais.²⁶⁷ O autor do processo estrutural não pretende compensações

²⁶⁵. “*The goal of the structural remedy is not to set things back to normal – to reestablish the world that existed before the dispute erupted – but rather to construct a new social reality: a unitary, no racial school system or a prison operated on a civilized basis. The structural remedy seeks to transform the world and the supervision of the court may have to last almost as long as the social reality it is creating*” (FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 764).

²⁶⁶. Não é à toa que o art. 499 do Código de Processo Civil (2015) prevê que somente se converterá automaticamente a obrigação de fazer em perdas e danos quando restar impossível “a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

²⁶⁷. Nesse sentido, ENRICO TULLIO LIEBMAN ensinou que escapam à regra da conversão da obrigação de fazer em perdas e danos as obrigações de fazer de caráter infungível. Parece evidente que é justamente esse tipo de obrigação de fazer que constitui a obrigação estatal de realizar ações positivas para concretizar os direitos fundamentais sociais. Nas palavras do autor, “escapam a essa solução aquelas obrigações em que a atividade ou abstenção, para corresponder ao interesse do credor, deve ser necessariamente do próprio obrigado, quer pela importância que o credor atribui às suas qualidades ou características pessoais,

financeiras, mas prestações estatais para fruir de uma vida digna. Por isso, o que se busca nos processos estruturais, são obrigações de fazer que visam ao futuro, com o objetivo de que o *status quo* inconstitucional seja superado por meio de uma reorganização das estruturas estatais. Não é possível mera condenação pecuniária.

4.3. Execução complexa: provimentos estruturais em cascata

ABRAM CHAYES afirma que a decisão estrutural é elaborada de forma a lidar com matéria complexa, que é justamente adequar a estrutura de Estado para a implementação da política pública pretendida na demanda, da forma constitucionalmente adequada. Não se trata, portanto, de uma decisão de conteúdo simples, que vislumbre uma solução óbvia ou que busque apenas uma conduta única do condenado. Por isso, a decisão estrutural, diante da complexidade da matéria que pretende solucionar, presume a prolongação e o aprofundamento da participação do Poder Judiciário na disputa, o que inclui, depois da sentença, planejar e supervisionar os atos do Poder Público que farão mudar as condições indignas de vida constatadas no processo.²⁶⁸

Nesse mesmo sentido, ROBERTO OMAR BERIZONCE ensina que:

La decisión judicial no se agota en un 'trancher' que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes

quer porque assim exige a natureza da prestação devida. A atividade ou abstenção que constitui objeto da obrigação pode ser, pois, fungível ou infungível, sendo que só as obrigações de fazer ou não fazer que têm caráter infungível não podem dar lugar à execução específica” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed., com notas de atualização do Prof. JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 232-233).

²⁶⁸. “The decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. It provides for a complex, on-going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court’s involvement with the dispute” (CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976, p. 1.198).

*prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión.*²⁶⁹

Com isso, não basta condenar o Poder Público à implementação de determinada política pública (obrigação de fazer), deixando-se em aberto a forma como ele deve alcançar o cumprimento de tal condenação. A esse respeito, lembre-se que os atos (ou omissões) espontâneos do Poder Público, realizados na tentativa de efetivar os direitos fundamentais sociais, já foram tidos como inconstitucionais no processo. Assim, é natural imaginar que, sem o planejamento dentro do processo do caminho a ser seguido pelo Poder Público para o cumprimento da condenação, tais inconstitucionalidades se repetirão.

Assim, a sentença que condena o Poder Público a uma obrigação de fazer deve ser proferida em tom preparatório e indicativo do seu cumprimento, de forma que, durante a fase executiva, possam ser discutidos e estabelecidos os parâmetros mais precisos para o seu cumprimento, que servirão até mesmo de guia para a fiscalização pelo próprio Poder Judiciário. Tais diretrizes definidas na sentença, portanto, ajudarão e delimitarão outros provimentos jurisdicionais a serem proferidos na fase executiva, quando for necessário ao juiz definir obrigações mais pontuais da implementação da política pública. Esses provimentos jurisdicionais são chamados pela doutrina de *provimentos estruturais*.

SÉRGIO CRUZ ARENHART, que também batizou esse fenômeno de *provimentos em cascata*, tendo em vista que, após a sentença, outros provimentos são proferidos de forma a complementá-la e adequá-la à realidade que está sendo interferida. Nas palavras do autor:

é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando um núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão –

²⁶⁹. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 269.

normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática indevida.²⁷⁰

Com conceito semelhante, FREDIE DIDIER JR., HERMES ZANETI JR. e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA afirmam que a sentença proferida no processo estrutural deve servir como uma norma-princípio, enquanto que as demais decisões a serem proferidas na fase de cumprimento de sentença devem ter o papel de normas-regras.²⁷¹

A necessidade de a sentença ter um tom mais genérico e principiológico também surge justamente do fato de que “somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer”.²⁷² Por isso, para se ter resultado prático e efetivo, as decisões proferidas na fase de cumprimento de sentença são essenciais, pois somente nesse momento, em que se

²⁷⁰. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400. No mesmo sentido, FRANCISCO VERBIC leciona que “*como regla general, em este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida em la decisión. Em cambio, lo que suele hacer es indicar los criterios generales que deben respetarse al efecto. Los modos para conseguir la finalidad especificada em la decisión se dejan librados a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y em lugar del obligado*” (VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 66-67).

²⁷¹. “As normas-princípios são essenciais para estabelecer as finalidades e objetivos e para controlar a adequação dos resultados alcançados às finalidades e objetivos. Umam apoiam as outro, as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam”. (DIDIER JR. Fredie, ZANETI JR., Hermes, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. In *Processos estruturais*, Op. Cit., p. 356).

²⁷². ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

promove a reconstrução das estruturas estatais, é que efetivamente se esmiúça os detalhes mais profundos de seu cotidiano.

Nesse sentido, como alerta EDILSON VITORELLI:

à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão.²⁷³

Por essa razão, ABRAM CHAYES, em estudo específico sobre o papel do juiz nos processos estruturais (ou de interesse público), constatou que a sentença neles proferida não encerra o envolvimento judicial na causa, uma vez que a administração do seu cumprimento requer participação efetiva e prolongada do juiz.²⁷⁴ Sob essa perspectiva, SÉRGIO CRUZ ARENHART conclui, de forma límpida, que:

o fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, o seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reconstrução dessa relação burocrática, de modo a alterar

²⁷³. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533 (Apud: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR.; Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 356).

²⁷⁴. “The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court” (CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.302).

substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.²⁷⁵

4.3.1. O alcance dos provimentos estruturais em cascata

Dependerá sempre do caso concreto a amplitude em que a sentença detalhará o *quando* e o *como* o Poder Público cumprirá o provimento jurisdicional. Isso porque: I) haverá casos em que será mais acessível ao juiz, já na prolação da sentença (tendo em vista as intervenções ocorridas na fase de conhecimento), definir de forma mais detalhada como o Poder Público deverá agir para cumprir a condenação; e II) também haverá casos em que a matéria exigirá ações complexas para a implementação da política pública, ainda desconhecidas do juiz, tornando prudente a prolação de uma sentença que somente estabeleça diretrizes para o cumprimento da obrigação, deixando-se o detalhamento do plano de ação a ser imposto ao Poder Público para os provimento da fase executiva.²⁷⁶

Tratando-se de políticas públicas, que é matéria extremamente complexa, os casos concretos sempre estão mais próximos da segunda hipótese acima mencionada do que da primeira. Ou seja, na maior parte dos casos, no momento da prolação da sentença, o juiz somente conseguiu constatar que a conduta (omissiva ou comissiva) do Estado viola o direito fundamental social e que determinada política pública é necessária. Contudo, o juiz ainda desconhece, naquele momento, a fórmula que adequará a conduta do Estado e implementará de forma adequada a política pública objeto da condenação.

Por isso, é que, também na fase de cumprimento de sentença, além das partes, será fundamental ainda a intervenção de especialistas e interessados (por meio dos instrumentos de *amicus curiae* e audiência pública). Isso porque o juiz, com o seu

²⁷⁵. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

²⁷⁶. Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit., p. 400-401; THEODORO JR., HUMBERTO, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*. Vol. 224/2013, Outubro de 2013, p. 130.

conhecimento técnico limitado sobre a matéria de fato, não conseguirá sozinho traçar e ajustar todos os detalhes do plano de ação a ser imposto ao Poder Público, por meio de seus *provimentos estruturais em cascata*.²⁷⁷

Tais interventores poderão ser: I) especialistas na matéria específica da política pública a ser implementada (p.ex.: especialistas em saúde, educação, moradia, saneamento básico, etc.); II) especialistas em organização do orçamento público; III) interessados da sociedade civil que serão diretamente afetados pela implementação da política pública; IV) dentre outros que possuam qualificação para intervir na fase de cumprimento de sentença, de forma a contribuir para a adequada implementação da política pública objeto da condenação.

A ideia é a de conceber ao Poder Público, durante o procedimento de cumprimento de sentença, o plano de ação mais adequado possível, cuja conformação fará com que a política pública seja por ele implementada ou adaptada da forma constitucionalmente exigida, dando-se finalmente efetividade ao direito fundamental social tido por violado.²⁷⁸

Parece claro que, diante da complexidade do procedimento e da matéria, os *provimentos estruturais em cascata* (a serem proferidos na fase executiva pelo próprio juiz que prolatou a sentença) muitas vezes servirão para ajusta-los a eles próprios, pois a medida definida em provimento anterior, ainda que pareça ser a mais adequada, nem sempre surtirá os efeitos esperados na vida real. Assim, o juiz, que fiscalizará o cumprimento da obrigação, alterará, com a participação dos interventores acima mencionados, a

²⁷⁷. Como se verá no item 4.3.1 a seguir, essa é uma forma de promover uma execução negociada, que serve de veículo para um diálogo institucional entre o Poder Judiciário, o Poder Público e demais interessados para se tentar concluir sobre a forma adequada sobre como e quando a política pública deve ser implementada.

²⁷⁸. “Ou seja, é bastante evidente que se está tentando evitar decisionismos isolados e desconectados com a realidade dos fatos, exigindo-se o planejamento e os debates com a sociedade civil alimentem a tomada de decisão” (ZUFELATO, Camilo. A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei nº. 8.058/2014. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLES, Jorge Agudo (Coord). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 318).

programação anteriormente estabelecida de forma a adequar a implementação da política pública.²⁷⁹

Por isso, é que a doutrina afirma, no que se refere a esse modelo de processo, que “a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica do tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo do caso”.²⁸⁰

4.3.2. Execução participativa e negociada

Do que se estudou nos itens 4.3 e 4.3.1, é possível afirmar que a execução da condenação proferida em processos estruturais consistirá em uma implementação negociada de política pública em juízo, consubstanciada na persuasão, liquidez, incitação, flexibilidade, diálogo e criatividade (“*soft judicial execution*”) e não na força, solidez, coerção, rigidez, imposição e na subsunção.

O procedimento ora estudado, como já adiantado no item 3.2.3, terá como fundamento a boa-fé e a colaboração. Nas exatas palavras de EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, “a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são indispensáveis à obtenção de um cronograma de implantação e, conseqüentemente, à realização da tutela jurisdicional” buscada nesse tipo de processo.²⁸¹

ROBERTO OMAR BERIZONCE afirma que o próprio procedimento de se estabelecer decisões em cascata, que tem por objetivo adequar a implementação da política pública na fase de

²⁷⁹. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

²⁸⁰. ARENHART, Sérgio. *Decisões estruturais*. Op. Cit., 393. Com o apoio de OWEN FISS (As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 145. Retirado do livro: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. DANIEL GODINHO DA SILVA e MILENA DE MEDEIROS RÓS. São Paulo: RT, 2004. Originalmente publicado no volume 93 da Harvard Law Review, p. 1, 1979) e CAMILO ZUFELATO (*A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei n.º 8.058/2014*. Op. cit. p. 318-319).

²⁸¹. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*. Vol. 212, Setembro de 2012, p. 37.

cumprimento de sentença, presume a busca pela solução consensual. Nas palavras do autor:

a instancia de la propia Corte, ha operado de ese modo un fructífero ‘diálogo’ institucional en procura del ensamble y armonización del actuar de los poderes del Estado, en un marco respetuoso de las prerrogativas de cada uno. La gradualidad progresiva en la satisfacción de los derechos fundamentales en juego y el escalonamiento de las decisiones, supone el reconocimiento de la imprescindible búsqueda de soluciones consensuadas con los poderes políticos. Tanto como la admisión, al cabo, de que aún la satisfacción de los derechos fundamentales económicos y sociales (Desc), ha de asociarse al establecimiento de las necesarias prioridades presupuestarias. Con lo que la puja entre los poderes se traslada a este escenario.²⁸²

Esse argumento faz todo o sentido a partir do momento no qual se permite, durante a fase de cumprimento de sentença, que o juiz, para o traçar o plano de ação a ser seguido pelo Poder Público, traga ao processo para auxiliá-lo os especialistas na matéria e os interessados que diretamente sofrerão os efeitos da sentença, utilizando-se dos instrumentos de *amicus curiae* e audiência pública.

Como parece evidente, o próprio Poder Público, devido ao grau de especialidade de alguns de seus órgãos, pode ser um daqueles que auxiliarão o juiz a construir o cumprimento da condenação. Ou seja, o próprio Poder Público poderá, de certa forma, sugerir e negociar, com o juiz e todos os demais interessados, o plano de ação que guiará o cumprimento da sua própria condenação, obviamente, tudo dentro dos limites e diretrizes impostos pelo Poder Judiciário na sentença.²⁸³

²⁸². BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. In: *Revista de Proceso*. Vol. 190/2010, Dezembro de 2010, p. 43.

²⁸³. Como assevera HUMBERTO THEODORO JR., DIERLE NUNES e ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA, “uma das dificuldades em se conseguir o cumprimento da decisão que trata de políticas públicas está em questões que fogem ao conhecimento do magistrado. Por mais que o magistrado se esforce, há questões técnicas, financeiras e burocráticas que apenas a Administração Pública domina e que deverão ser consideradas quando da definição de

OWEN FISS apelidou esse tipo intervenção-contribuição por parte do Poder Público de “*amicus-litigante*”, o qual teve por origem no caso *Lee v. Macon County Board of Education (221 F: Supp. 297, M. D. Ala. 1963)*, em que se convidou o governo do Estados Unidos a participar das decisões estruturais a ele impostas, como forma de obter “o compromisso do Poder Executivo com o cumprimento da decisão e também ampliar a estrutura representativa”.²⁸⁴

Nessa seara, importante ressaltar que as técnicas para resolução consensual de conflitos são de grande valia, eis que, desse efetivo diálogo pode o Poder Público se entender com as múltiplas partes interessadas e necessitadas da política pública, fazendo com que planejem a execução e implementação da política pública.²⁸⁵ Nesse sentido, o Projeto de Lei 8.058/2014 incentiva a utilização de tais técnicas, prevendo no inc. VIII do parágrafo único do art. 2º que o processo que visa ao controle jurisdicional de políticas públicas terá características “tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público”.

É nesse ponto que, como adiantado no capítulo introdutório, pode se considerar nesse tipo de demanda a realização de negócios jurídicos processuais, que agora estão autorizados pelo Código de Processo Civil de 2015.²⁸⁶ Como afirma a doutrina, “seria algo parecido com o já conhecido termo de ajustamento de conduta (TAC), no qual se negocia, por exemplo, o tempo e o modo de

‘como’ e ‘quando’ as políticas públicas deverão ser implementadas” (Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*. Vol. 224/2013, Outubro de 2013, p. 130). No mesmo sentido, SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que “a especialização de certos órgãos da Administração Pública pode torná-los, em relação ao órgão jurisdicional, um ambiente muito mais apropriado para a especificação das prestações específicas a serem realizadas ou mesmo para a avaliação da suficiência das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado. (...) Em síntese, deve haver aqui maior latitude para a indicação das providências a serem tomadas pelo magistrado na solução do litúgio e para a eleição dos mecanismos a serem empregados para chegar àquele objetivo” (*Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit, p. 394).

²⁸⁴. FISS, Owen. *As formas de justiça*. Op. cit., p. 145.

²⁸⁵. ZUFELATO, Camilo. *A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei nº. 8.058/2014*. Op. cit., p. 318-319.

²⁸⁶. CPC/15, art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

reparação de um dano coletivo”.²⁸⁷ Na hipótese do cumprimento de sentença de processos estruturais, as diferenças a tal exemplo seriam as de que: I) seria um negócio jurídico necessariamente endoprocessual (o TAC é negócio jurídico extrajudicial), pois demanda a necessária fiscalização do seu cumprimento pelo Judiciário; e II) não seria negociada a forma de reparar um dano, mas o tempo e o modo como deve ser reconstruída a estrutura estatal que está agindo de forma a violar o direito fundamental social debatido no processo.

Importante considerar a esse respeito que a legislação considera possível a disponibilidade de direitos coletivos, mas não integralmente, como forma de cumprir obrigações legais (§6º do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985).²⁸⁸ Ou seja, o negócio jurídico processo, assim como o TAC, é sim possível. De outro lado, a realização de negócio jurídico processual nesse tipo de processo “não poderá ensejar a redução do conjunto de prestações materiais indispensáveis a uma vida digna, tampouco decorrer em solução que resulte na postergação desarrazoada da implementação de tais direitos”.²⁸⁹ Aqui, novamente, se necessitará da discorrida atuação ativa do juiz no processo (cf. itens 3.1 e 3.2), com o objetivo de evitar que isso ocorra.

Relevante ainda consignar que o caráter negocial e consensual dos *provimentos estruturais em cascata* (que, como dito, pode culminar em um negócio jurídico processual) também faz com que menos recursos sejam interpostos durante a tramitação do cumprimento de sentença. E isso é importante, pois a pendência de recursos muitas vezes significa protelar o prosseguimento do cumprimento de sentença e a adequada implementação da política pública, o que evidentemente não é desejado pelas partes (incluindo

²⁸⁷. MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. In: *Revista de Processo*. Vol. 273/2017, p. 77, Novembro de 2017.

²⁸⁸. Nesse sentido, o §6º do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, prevê que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

²⁸⁹. MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. In: *Revista de Processo*. Vol. 273/2017, p. 77, Novembro de 2017.

o Poder Público), muito menos pelo juiz.²⁹⁰

Não há dúvida, portanto, que o cumprimento da sentença do proferida nos processos estruturais, nesses termos, permite um diálogo direto entre o Poder Judiciário, a sociedade civil e os Poderes majoritários. Ressalte-se que a participação do Poder Público nesse diálogo, obviamente, não significará que ele cumprirá a condenação da forma como bem entender, sem a concordância dos múltiplos polos do processo e sem que o Poder Judiciário exerça o seu poder coercitivo. Afinal, foi a conduta espontânea do Poder Público que foi reconhecida no processo como violadora de direitos fundamentais sociais.

Em conclusão, pode-se afirmar que o juiz, nesse primeiro momento da fase executiva, abrirá mão da execução-sanção (modelo tradicional), pois ele mesmo não sabe tecnicamente ao certo quais condutas específicas deve impor ao Poder Público para implementação ou adequação da política pública. Tais condutas serão discutidas e negociadas.²⁹¹

Obviamente, uma vez definidos os rumos a serem seguidos e o Poder Público mantendo-se manifestamente inerte com relação aos atos que lhe foram programados de forma participativa e negociada, o Poder Judiciário se utilizará das medidas de efetiva coerção para fazer cumprir a condenação. Tais medidas coercitivas serão estudadas, com mais afinco, no item 4.7.

4.3.3. Organização das fases do cumprimento de sentença e dos provimentos estruturais em cascata

Como visto no item 4.3.1, serão necessários na fase de cumprimento de sentença provimentos jurisdicionais em cascata para a adequada implementação da política pública objeto da condenação. Conforme ali mencionado, a quantidade de decisões a serem

²⁹⁰. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. Op. cit., p. 488.

²⁹¹. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*. Vol. 212, Setembro de 2012, p. 37; THEODORO Jr., HUMBERTO, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*. Vol. 224/2013, Outubro de 2013, p. 130; ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit., p. 400-401.

proferidas na fase executiva dependerá de cada caso concreto, conforme o grau de complexidade e extensão que envolva a política pública discutida no processo. Por isso, o sucesso na condução do cumprimento de sentença dependerá da criatividade do juiz em reunir, em seus provimentos em cascata, técnicas e instrumentos processuais que permitam uma adequada e célere implementação da política pública em cada caso.

Importante aqui considerar que, no Brasil, a própria legislação confere liberdade para o juiz ser criativo no momento de exigir o cumprimento da sentença que condena a uma obrigação de fazer. Com efeito, o art. 536 do Código de Processo Civil (2015) prevê que, nessa hipótese de cumprimento de sentença que determine uma obrigação de fazer, “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, *determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente*”.

Na mesma direção, o art. 984 do Código de Defesa do Consumidor prevê que “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, *o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*”.

Portanto, é possível o juiz, por meio de sua criatividade e sensibilidade, ajustar os seus provimentos estruturais em cascata às necessidades de cada caso.

Por mais que se exija a dita criatividade do juiz em cada caso concreto para a prolação dos provimentos estruturais em cascata, muito se debate sobre se é possível estabelecer uma sequência mínima que, ainda que não seja rígida, sirva de guia para o juiz prolatar os provimentos em cascata em todos os processos.

O art. 18 do Projeto de Lei nº 8.058/2014, que visa a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, propõe uma possível sequência para a prolação dos provimentos em cascata. Mais especificamente, de forma exemplificativa e flexível (não exaustiva e rígida), referido dispositivo prevê que o juiz pode primeiramente determinar ao Poder Público que apresente, em determinado prazo, um plano informando como e em que tempo pretende implementar ou adequar a política

pública objeto da condenação. Em segundo momento, esse plano será posto em debate, do qual participará o juiz, o ente público condenado, o autor, o Ministério Público e representantes da sociedade civil. Após os debates e eventuais ajustes (que obviamente demanda novos provimentos jurisdicionais), o plano é homologado e passa a ser cumprido pelo Poder Público. Por fim, o §2º de referido dispositivo prevê que o cumprimento da sentença será periodicamente avaliado, em caráter fiscalizatório, de forma que, caso necessário, o plano homologado possa ser revisto para que se adeque à realidade dos fatos.²⁹²

Com base na experiência de um caso concreto, diante dos diversos desdobramentos que se fizeram necessários para o cumprimento da condenação nele imposta, SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que os provimentos jurisdicionais proferidos na fase de cumprimento de sentença da que ficou conhecida como a “ação civil pública do carvão”²⁹³ também podem “oferecer algumas importantes linhas para que se tenha um processo desse tipo com chances de

²⁹² Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida. §1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa. §2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. §3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

²⁹³ Mais especificamente, nesse caso concreto, após o ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público (proc. 93.8000533-4; Justiça Federal de Criciúma/SC), a União, o Estado de Santa Catarina e algumas mineradoras foram responsabilizados, em todas as instâncias, por danos ambientais decorrentes da atividade mineradora (principalmente carbonífera), que ocorria de forma desenfreada e sem a devida fiscalização estatal, que estava não só causando danos ao ambiente mas também sérios problemas de saúde à população local (REsp nº 647.493/SC; Rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, Segunda Turma, j. 22.05.2007). O cumprimento de sentença, com as fases expostas no texto, foi conduzido pelo Juiz Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ (hoje desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

funcionar realmente”.²⁹⁴ Tais provimentos muito se assemelham à proposta do art. 18 do Projeto de nº Lei 8.058/2014 e, a nosso ver, podem auxiliar em casos concretos em que a complexidade seja elevada.

As sugestões extraídas pelo referido autor em mencionado caso concreto, que se adotam neste trabalho, podem ser sinalizadas da seguinte forma:

I) na *sentença*, o juiz, diante da complexidade da matéria, somente proferirá a condenação à obrigação de fazer consistente em implementar a política pública que tenha por objetivo sanar a violação ao direito fundamental social constatada no processo, sem, contudo, especificar como e quando tal obrigação deve ser cumprida;

II) num *primeiro momento* da fase do cumprimento de sentença, o juiz determinará que a parte condenada (o ente público) apresente, em determinado prazo, todas as informações necessárias, inclusive orçamentárias, para que se possa ter uma noção de como e quando a política pública pode ser implementada, bem como quais são os recursos disponíveis;

III) num *segundo momento*, tais informações, com a participação do ente público, serão checadas, apuradas, complementadas e debatidas pelas demais partes do processo, por representantes da sociedade civil (*amicus curiae* e a audiência pública) e pelo juiz. Caso se entenda necessário, o juiz poderá ainda convocar para esse debate órgãos públicos de outras esferas que, com seu grau de especialidade e experiência com tal política pública, podem auxiliar na apuração e complementação das informações fornecidas pelo ente condenado;

IV) num *terceiro momento*, com todas as informações em mãos, delibera-se a estratégia a ser seguida pelo Poder Público para o enfrentamento do problema, buscando as soluções mais adequadas e efetivas possíveis (podendo se utilizar aqui as técnicas de solução consensual de conflitos; cf. item 4.3.2), definindo-se, assim, de forma específica, medidas de curto, médio e longo prazo (cronograma) para que o Poder Público implemente a política

²⁹⁴. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 487.

pública debatida no processo;

v) num *quarto momento*, o juiz estabelece as formas de acompanhamento e fiscalização do cumprimento da obrigação de fazer. Como o controle direto e imediato é muito difícil para o juiz, ele poderá nomear auxiliares técnicos para que façam a fiscalização do cumprimento do plano imposto ao Poder Público. Referidos auxiliares podem, inclusive, ser um grupo de representantes das partes interessadas no processo (inclusive do Poder Público), de forma que eventuais ajustes na política pública que se façam necessárias sejam debatidas de imediato, fazendo com que eventual alteração e adequação do plano de implementação surja de forma rápida e consensual (tais auxiliares do juízo serão mais a fundo analisados no item 4.3.4).

Essa forma de organização dos provimentos estruturais em cascata muito se assemelha à proposta também pensada por EDUARDO JOSÉ DA FONSECA DA COSTA, HUMBERTO THEODORO JR., DIRLEI NUNES e ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA, os quais defendem: I) a prolação de uma sentença condenatória com provimento aberto para que se possibilite a elaboração de um plano de ação mais detalhado e de forma participativa na fase de cumprimento de sentença; II) audiência preliminar na fase de cumprimento de sentença para que o ente público apresente as informações disponíveis para auxiliar na elaboração do plano de ação a ser a ele imposto; III) em momento seguinte a definição participativa do plano de implementação (ou adequação) da política pública; e IV) delegação pelo juiz de funções de fiscalização do cumprimento da obrigação de fazer.²⁹⁵

Como já dito anteriormente, esse não pode ser um sistema rígido a ser seguido em todos os casos que envolvam políticas públicas, uma vez que cada caso apresentará suas próprias especificidades e necessidades. São apenas parâmetros que podem prestar algum auxílio ao juiz no momento de guiar a fase de cumprimento de sentença.

²⁹⁵. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*. Vol. 212, Setembro de 2012, p. 37; THEODORO Jr., Humberto, NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*. Vol. 224/2013, Outubro de 2013, p. 130.

Tanto é que, em contraposição, OSVALDO CANELA JR. tem uma proposta um pouco diversa da acima apresentada para os provimentos em cascata. Segundo o autor, o juiz deve delimitar o máximo possível já na sentença o plano de ação a ser seguido pelo Poder Público para a implementação da política pública, devendo ele se utilizar, para tanto, das informações que já foram prestadas na fase de conhecimento. Assim, acabar-se-ia por reduzir o número de ajustes a serem realizados na fase de cumprimento da sentença.²⁹⁶

Essa proposta de OSVALDO CANELA JR., apesar de válida, não nos parece ser a mais adequada, pois pode significar um atraso injustificado no andamento processual e um descompasso em relação ao natural dinamismo com que a realidade social, que sofrerá interferência, se altera.

Com efeito, a sociedade se transforma rapidamente, inclusive durante a longa tramitação do processo, fazendo com que a violação do mesmo direito fundamental ganhe novos contornos no momento da prolação da sentença. Nesse meio tempo, novas técnicas de implementação da política pública também podem ter sido desenvolvidas pelo Poder Público. Esses fatores fazem com que já seja obsoleto o plano de ação definido pelo juiz, uma vez que embasado em informações e técnicas colhidas desde o início do processo, que já estarão superadas no momento da prolação da sentença.²⁹⁷

Assim, por meio dessa técnica proposta por OSVALDO

²⁹⁶. “O provimento jurisdicional deverá servir de ponte de ligação entre o bem da vida constitucionalmente tutelado e a disponibilização respectiva a todos os componentes do grupo social. Neste aspecto, imprescindível que a atividade jurisdicional promova saltos suficientes na cadeia lógico-consequencial para assegurar futura exequibilidade ao julgado. Assim, exemplificativamente, se a pretensão é relativa à satisfação da educação fundamental, e o veículo indicado é a construção de uma escola, então o dispositivo sentencial deverá ser o mais preciso possível, a fim de que restem poucos atos de materialização a serem ultimados, não se permitindo novas delongas previsíveis na cadeia lógico-consequencial, tai como eventuais deliberações legislativas e executivas de alto conteúdo discricionário”. (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161).

²⁹⁷. O próprio autor reconhece essa possibilidade: “À medida que o órgão jurisdicional prolata uma sentença, realinhando, em seu dispositivo, as políticas públicas, as demais formas de expressão do poder estatal vinculam-se à sua consecução. Ocorre que a solução encontrada pelo Poder Judiciário poderá tornar-se obsoleta ou mesmo inconveniente, no tempo, em face de eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado” (CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. Op. Cit., 161).

CANELA JR., o juiz perderá um tempo enorme para proferir uma sentença complexa que já nascerá obsoleta e, portanto, sem qualquer possibilidade de gerar efeitos concretos e adequados no plano da realidade.²⁹⁸ Além disso, nessa hipótese, a fase de cumprimento de sentença, ao invés de ser utilizada para criar um plano de ação adequado para o Poder Público, será na verdade permeada de discussões sobre quais pontos da sentença proferida devem ser ajustados à realidade, o que pode gerar litígios entre as partes, recursos e mais atrasos ao processo, o que obviamente não é desejado.

Por isso, o que se defende neste trabalho é que todos os envolvidos, inclusive técnicos na matéria, já participem, desde o início, da elaboração do plano de ação a ser imposto ao Poder Público, fazendo com que os obstáculos para o cumprimento da obrigação de fazer já sejam considerados desde o começo.

Parece claro que o plano de ação elaborado dessa forma participativa terá muito mais efetividade imediata, evitando-se que se perca tempo com futuros ajustes que já poderiam ter sido considerados desde o princípio, bem como evitando eventuais recursos e novos confrontos dos múltiplos grupos de interesse na própria fase de cumprimento de sentença, a respeito de como deve ser corrigido o plano de ação elaborado sozinho pelo juiz.

Ou seja, economiza-se *tempo* com a elaboração participativa do plano de ação a ser imposto ao Poder Público, tempo este que é extremamente precioso quando se trata de dar solução adequada à violação a direitos fundamentais sociais, muitas vezes pertencentes ao mínimo existencial.

De toda forma, importante mencionar que a proposta de ABRAM CHAYES pode ser uma solução para a técnica proposta por OSVALDO CANELA JR. de o juiz, já na sentença, definir todo o plano de ação para a implementação da política pública pelo Poder Público. Nesse sentido, ABRAM CHAYES também propõe que na sentença já se defina o plano de ação a ser seguido pelo Poder Público para a implementação (ou adequação) da política pública. Contudo, o autor propõe a prolação de uma sentença participativa, que pode significar até mesmo uma mera homologação do plano elaborado

²⁹⁸. CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.299.

pelos próprios envolvidos (o que inclui Poder Público e especialistas na matéria).²⁹⁹

A proposta de ABRAM CHAYES, mais especificamente, é a de que as partes apresentem, em fase prévia à prolação da sentença, proposta de implementação (ou ajuste) da política pública objeto do processo, a qual será objeto de análise por todos os envolvidos. Nesse momento, o juiz pode se utilizar de técnicas de solução consensual de conflitos para que as partes, se possível, já apresentem um planejamento e cronograma final a ser seguido pelo Poder Público, de forma que a sentença seja mero ato formal de homologação desse plano de ação. ABRAM CHAYES entende que o inverso também pode ser realizado, o juiz, caso se sinta preparado, elaborará uma minuta de sentença que, antes de sua oficialização, será submetida para a análise, deliberação e negociação entre as partes envolvidas.³⁰⁰

Caso o juiz entenda que as partes chegaram a uma solução que dá sinais de inadequação à realidade dos fatos, que poderá implicar em dificuldades de implementação, ele poderá convocar especialistas na matéria para intervirem como *amici curiae* ou por meio de audiências públicas. Assim, o juiz terá mais chances de, na sentença, apresentar um plano de ação que seja adequado e que possa ser cumprido pelo Poder Público.³⁰¹

²⁹⁹. CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.299.

³⁰⁰. “*The decree is (...) an order of the court, signed by the judge and issued under his responsibility (itself a shift from the classical money judgement). But it cannot be supposed that the judge, at least in a case of any complexity, composes it out of his own head. How then is the relief formulated? Let me nonetheless suggest a prototype that I think finds some support in the available materials. The court will ask the parties to agree on an order or it will ask one party to prepare a draft. In the first case, a negotiation is stipulated. In the second, the dynamic leads almost inevitable in that direction. The draftsman understands that his proposed decree will be subject to comment and objection by other side and that is must be approved by the court. He is therefore likely to submit it to his opponents in advance to see whether differences cannot be resolved. Even if the court itself should prepare the initial draft of the order, some form of negotiation will almost inevitable ensue upon submission of the draft to the parties for comment*” (CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.296-1.297).

³⁰¹. “*Nevertheless it cannot be supposed that this process will relieve the court entirely of responsibility for fashioning the remedy. The parties may fail to agree. Or the agreement reached may fail to comport with the requirements of substantive law as the judges sees them. Or the interests of absentees may be inadequately accommodated. In these situations, the judge will not, as in the traditional model, be able to derive his responses directly the liability determination, since, as we have seen, the substantive law will point*

Segundo CHAYES, essa forma de atuação minimiza eventual necessidade de o juiz ter que proferir mais decisões na fase de cumprimento de sentença para adequar a implementação da política pública planejada na sentença. Como afirma o autor, essa técnica pode ter até mesmo fins psicológicos, pois as partes envolvidas, principalmente o Poder Público, preferem executar e cumprir uma solução por si negociada, do que uma imposta pelo juiz unilateralmente (que provavelmente apresentará uma proposta de implementação, ainda que lógica, não satisfatória ou inadequada à realidade).³⁰² O autor ainda afirma que, caso se necessite de novos ajustes na fase de implementação, o mesmo procedimento pode ser efetuado para a adequação do plano de ação previsto na sentença.

Por isso, como dito, a proposta de ABRAM CHAYES pode ser uma solução para adequar a proposta de OSVALDO CANELA JR.. Isso porque ABRAM CHAYES não pretende um isolamento do juiz na prolação da sentença, mas sim um verdadeiro chamamento dos envolvidos para ajudá-lo a construí-la de maneira adequada.

Em suma, seja a forma que o juiz escolher para proferir seus provimentos, o importante, como afirma JORDÃO VIOLIN, é que o juiz que julga e preside um processo estrutural tenha a característica de mediador e catalisador, estimulando:

as partes a criar soluções num processo deliberativo. As medidas necessárias à adequação institucional não são fixadas pelo juízo e nem pelo réu, unilateralmente. São, sim,

*out only the general direction to be pursued and a few salient landmarks to be sought out or avoided. (...) Where a proposed decree is agreed among the parties, but is inadequate because the interests shared by the litigants do not span the range that the court thinks must be taken into account, resubmission for further negotiation may not cure this fundamental defect. Here too, the judge will be unable to fill the gap without a detailed understanding for the issues at stake in the bargaining among the parties. (...) To avoid these problems, judges have increasingly resorted to outside help – master, amici, experts, panels, advisory committees – for information and evaluation of proposals for relief. These outside sources commonly find themselves exercising mediating and even adjudicatory functions among the parties. They may put forward their own remedial suggestions, whether at the request of the judge or otherwise” (CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.299-1.301).*

³⁰² *“The negotiation process ought to minimize the need for judicial resolution of remedial issues. (...) Moreover, it will generally be advantageous to the demanding party to reach a solution through accommodation rather than through a judicial fiat that may be performed in a literally compliant but substantively grudging and unsatisfactory way” (CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. Op. Cit., p. 1.297).*

discutidas por ambos os polos e, posteriormente, determinadas pelo juízo com o auxílio dos métodos de coerção disponíveis.³⁰³

Portanto, apesar de cada processo demandar uma forma de se exercer os provimentos estruturais em cascata, o modelo que se adota no presente trabalho é o de que a definição do plano de ação a ser imposto ao Poder Público (na sentença ou depois dela) não ocorra de forma isolada pelo juiz, mas, desde o princípio, conte com a participação de todos os envolvidos, incluindo o Poder Público e os especialistas na matéria.³⁰⁴ Como afirma JORDÃO VIOLIN, ainda que haja descumprimento do plano de ação pelo Poder Público, “o magistrado não toma para si a tarefa de implementação. Diferentemente, ele vale-se de técnicas de indução capazes de vencer a recalitrância do demandado”, técnicas estas que serão estudadas no item 4.7.³⁰⁵

4.3.4. Auxílio na condução e no controle do cumprimento da sentença

A implementação de políticas públicas é um procedimento complexo, que envolve simultaneamente várias áreas do conhecimento. Como visto acima, quando é necessário a intervenção judicial para a implementação da política pública, esse procedimento complexo ainda inclui toda a reconstrução das estruturas do ente

³⁰³. VIOLIN, Jordin. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 342-343.

³⁰⁴. Como afirma SÉRGIO CRUZ ARENHART, “enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional. Sem dúvida, essa flexibilização é essencial para a adequada proteção de certos interesses (*Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit., p. 395).

³⁰⁵. VIOLIN, Jordin. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 343.

público que deveria ter implementado a política pública de forma espontânea, além de um acompanhamento duradouro e fiscalizatório por parte do Poder Judiciário, que não tem data exata para se encerrar.

Esses fatores, conseqüentemente, fazem concluir que a fiscalização da adequada implementação da política pública objeto do provimento jurisdicional deve ser realizada por pessoas que tenham tempo e conhecimento técnico para se organizar e realizar o acompanhamento desse procedimento complexo. Por isso, quando a política pública está sendo implementada por meio de um processo judicial, é fato que o juiz necessitará de auxílio técnico para acompanhar o efetivo cumprimento da condenação.

Primeiro, porque o juiz não tem o conhecimento técnico necessário para entender se o procedimento adotado pelo Poder Público, que leva tempo a ser concluído e obter resultados, está sendo conduzido da forma correta. Segundo, porque o juiz não tem tempo livre suficiente para acompanhar de perto a evolução e o dia-a-dia do ente público condenado.

Como visto no item 4.3, se não for esmiuçado o dia-a-dia do ente público condenado a implementar a política pública, o juiz corre o risco de ter suas decisões inócuas e sem efetividade.³⁰⁶

Por isso, conforme já sugerido no item 4.3.3, defende-se neste trabalho que o juiz possa (e deve) se valer de auxiliares ou grupo de auxiliares para ajudá-lo a conduzir e fiscalizar a efetiva e adequada implementação da política pública que foi objeto do processo, pois, conforme afirma SÉRGIO ARENHART, isso faz com que se atinja o objetivo imposto na sentença “de maneira mais pronta e com menor sacrifício aos interesses envolvidos”. Por isso, como complementa o autor, “o provimento estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma ‘nova instituição’, criada para acompanhar, implementar e pensar sobre a realização do escopo da

³⁰⁶. Nesse sentido: VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: Dos direitos aos Litígios Coletivos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 533; SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions and Contempt of Court em Defesa do Meio Ambiente*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 104.

tutela judicial oferecida”.³⁰⁷

O direito brasileiro não possui previsão legal expressa a respeito da possibilidade de o juiz se utilizar de auxiliares para a condução, acompanhamento e fiscalização do cumprimento de uma condenação à obrigação de fazer imposta ao Poder Público, consistente na implementação de políticas públicas.

Contudo, como demonstrado no item 4.3.3, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor possuem previsões abertas, permitindo que o juiz tenha criatividade na gestão do cumprimento da sentença que condena a uma obrigação de fazer. Tais previsões são suficientes para embasar tal providência pelo juiz. Até mesmo porque o juiz realmente necessitará de auxílio para tanto, e referidos dispositivos preveem que ele pode *determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente* ou *que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*.

Essa necessidade de auxílio ao juiz para conduzir e fiscalizar obrigações complexas já foi reconhecida pelo legislador brasileiro para os casos de Recuperação Judicial e Falência. As funções previstas para o administrador judicial e para o Comitê de Credores (arts. 22 e 27 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) muito podem auxiliar, de forma análoga, os casos envolvendo políticas públicas. Isso porque possibilitam que técnicos e interessados (credores) se envolvam no cumprimento da obrigação do devedor e, em caso extremos, de apontarem, sob os olhares do juiz, um gestor (verdadeiro interventor) para administrar os bens do devedor (arts. 64 e 65). Lembre-se que a Recuperação Judicial, ainda que com outros objetivos e sob outros princípios, visa também a reconstruir toda a estrutura administrativa do devedor, assim como o são os processos estruturais, no qual o devedor, no caso, é o Poder Público.³⁰⁸

Importante ressaltar que instrumento semelhante a este foi utilizado no Brasil, na primeira década deste século, com o objetivo de auxiliar o juiz na execução de julgado que determinou a implementação de uma política pública, naquela que ficou conhecida

³⁰⁷. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit., p. 394.

³⁰⁸. Nesse sentido: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 75. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005 - Comentada artigo por artigo*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

como a “ação civil pública do carvão”, já mencionada no item 4.3.3. Naquela oportunidade, foi formado, por determinação do juiz, um grupo de representantes técnicos de todos os envolvidos (inclusive do Poder Público), além de pessoas que, apesar de externas ao processo, claramente poderiam auxiliar na condução e fiscalização do cumprimento da condenação. Referido grupo tinha por incumbência sugerir métodos para a implementação da política pública objeto da condenação e, principalmente, de fiscalizá-la, elaborando, inclusive, um plano de monitoramento a ser apresentado ao juiz. Esse grupo técnico ficou conhecido como “Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo”. Nesse caso, a fiscalização próxima e direta foi viabilizada e efetiva, pois realizada por representantes técnicos dos próprios envolvidos. Ressalte-se aqui que as técnicas de solução consensual de conflitos foram empregadas, uma vez que as decisões tomadas por esse grupo deveriam ser sempre de consenso de todos, o que evitou litigiosidade e atrasos injustificados no cumprimento de sentença.³⁰⁹

Em paralelo, ainda a respeito do direito brasileiro, relevante ainda mencionar que a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), prevê no capítulo II do seu Título VIII que, em hipóteses extremas, é possível a intervenção judicial na administração da empresa para a execução de medida judicial. Mais especificamente, seu art. 102 prevê que “o Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor”.

O instrumento desse tipo de auxílio mais extremo ao juiz, por meio de uma intervenção, já fora utilizado pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte.³¹⁰ Em tal oportunidade, em razão de irregularidades na administração do Hospital Estadual de Referência e Atenção à Mulher de Mossoró/RN, o que estava afetando o atendimento à população, determinou-se, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a intervenção judicial direta na administração do nosocômio, sendo que, ao interventor, foi dada a incumbência de

³⁰⁹. ARENHART, Sergio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 486.

³¹⁰. Processo n. 0800817-45.2013.8.20.0001, 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal/RN (Apud: ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual brasileiro*. Op. Cit., p. 396).

efetivamente administrá-lo, devendo, para tanto, apresentar periodicamente relatórios no processo, incluindo as questões financeiro-contábeis. Ou seja, em casos extremos e de urgência, em que se visa a manter um serviço público essencial à população, o juiz pode convocar um auxiliar, que consistirá em verdadeiro interventor, para efetivamente administrar o ente público.

Ressalte-se que, na hipótese em que o próprio Estado-membro (ou prefeito de municípios situados em Território federal) estiver descumprindo ordem judicial, o art. 34, inc. IV da Constituição Federal prevê que é possível a intervenção da União para sanar a irregularidade. No mesmo sentido, o art. 35, inc. IV da Constituição Federal prevê que, na hipótese de o Município estar descumprindo ordem judicial, o Estado-membro poderá intervir. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram a plena eficácia de tais dispositivos constitucionais.³¹¹ A intervenção, por ser medida coercitiva a ser empregada pelo juiz, ela também será analisada no item 4.7.5.

Como se nota do exposto, apesar de ainda não haver previsão legal expressa, o Poder Judiciário brasileiro já observa a necessidade de auxílio para fazer cumprir obrigações complexas contra o Poder Público e, por isso, já se utiliza, de diversas maneiras, de auxiliares ou interventores para o cumprimento de provimentos jurisdicionais que determinam a implementação (ou adaptação) de políticas públicas.

Com o objetivo de que se faça constar expressamente da legislação brasileira esse tipo de instrumento para as demandas estruturais, o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que visa a instituir *processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário*, propõe que o juiz nomeie um comissário para auxiliá-lo durante a tramitação do cumprimento de sentença. Tal comissário poderá ser pessoa física (pertencente ou não ao Poder do Poder Público), instituição ou pessoa jurídica. Os termos exatos dessa precisão são os seguintes:

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela,

³¹¹. STF IF n. 590-QO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 17.09.1998; STJ, REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, j. 06.04.2010.

o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Essa figura do “comissário”, como afirma expressamente a justificação do Projeto de Lei n. 8.058/2014, possui expressa inspiração no “*commissario ad acta*” previsto nos arts. 21 e 114, §3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano.³¹²

Assim como ora proposto para o Brasil, o *commissario ad acta* do direito italiano pode ser convocado pelo juiz justamente em casos em que a condenação do Poder Público implicará na adoção de procedimento complexo. É tido como um *longa manus* do juiz.³¹³ Para a escolha do *commissario*, o juiz possui amplo poder. A pessoa indicada para tanto pode ser funcionário público, com experiência profissional na matéria, além de dirigentes dos próprios órgãos inadimplentes, juízes aposentados, etc.. Obviamente, não pode o juiz fugir da necessidade de apontar alguém com alguma competência

³¹². Trecho da justificação do Projeto de Lei 8.058/2014: “Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norteamericano”.

³¹³. “Come più volte indicato, per garantire l’effettività dell’esecuzione della sentenza nei confronti dell’amministrazione, il giudice amministrativo se sostituisce a quest’ultima. Tuttavia, poiché l’esecuzione della sentenza può implicare l’adozione di provvedimenti complessi e che comportano delle valutazioni discrezionali, il giudice amministrativo non procede direttamente all’attuazione della sentenza e, in base alla previsione di cui all’art. 114, comma 4º, lett. d., nomina un commissario ad acta, la cui funzione è quella di agire in luogo dell’amministrazione totalmente o parzialmente inadempiente. Da rilevare, tuttavia, che pur essendo indica dal punto di vista strutturale, l’attività del commissario è differente da quella dell’amministrazione: il primo svolge il proprio incarico in base all’ordine contenuto nella decisione ottemperanda, alla quale è legato da un nesso di strumentalità. (...) Il commissario è, infatti, definito come *longa manus* del giudice dell’ottemperanza: il primo è titolare di un officio pubblico [che implica non soltanto l’esercizio di poteri, ma anche l’assunzione di doveri, tra i quali innanzitutto quello di eseguire l’incarico” (BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 335-336).

técnica específica para a matéria.³¹⁴

A doutrina e a jurisprudência italiana muito discutem a respeito da natureza jurídica do *commissario ad acta*, sendo que a conclusão desse debate, a nosso ver, pode ser aplicada para o Brasil, principalmente em razão da forma como o “comissário” já foi utilizado nos dois exemplos já mencionados neste item 4.3.4. A natureza jurídica do *commissario* será de *órgão auxiliar do juízo*, quando a sua nomeação busca à implementação e fiscalização da política pública objeto da condenação, sem intervir diretamente na administração do ente público (como ocorreu no caso da “ação civil pública do carvão”). A natureza jurídica do *commissario* será de *órgão extraordinário da administração*, quando for dada a ele a incumbência de efetivamente administrar o ente público por determinado período de tempo (como ocorreu no caso do hospital público de Mossoró/RN).³¹⁵

Ressalte-se que na Itália, apesar de atualmente haver tal previsão legal a respeito do comissário, a possibilidade de o juiz se utilizar desse tipo de auxiliar surgiu primeiramente da jurisprudência, conforme as necessidades apareciam nos casos concretos. A primeira ocorrência da utilização do *commissario* se deu na década de 1930, quando o Conselho de Estado necessitava de auxílio para fazer cumprir suas decisões.³¹⁶ Como se nota, o mesmo movimento a respeito da utilização do comissário parece estar ocorrendo também no Brasil (da jurisprudência para a lei).

A doutrina norte-americana, por sua vez, também provê figuras semelhantes. Mais especificamente, OWEN FISS fala em

³¹⁴ BONATO, Giovanni. Op. cit., p. 388.

³¹⁵ BONATO, Giovanni. Op. cit., p. 337. Importante mencionar que, de forma semelhante, a doutrina afirma que essas também são, respectivamente, as naturezas jurídicas do administrador judicial e do gestor judicial (verdadeiro interventor) nos casos de Recuperação Judicial e Falência. Além, disso, critica a opção legislativa de o administrador judicial também poder assumir as funções do gestor em algumas hipóteses. A doutrina, nesse ponto, afirma que não é recomendável, por razões evidentes, que aquele que está na função administrativa exerça a função de também fiscalizar a própria administração (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*. Op. Cit., p. 157 e 185-186; FAVER, Scilio. *Curso de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208-209). Por esse motivo também, o mesmo acúmulo de funções não é recomendável no cumprimento de sentença que visa à implementação de políticas públicas.

³¹⁶ BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta*. Op. cit., p. 336.

nomeação de comissários que ficaram apelidados de “*special masters*”, os quais poderiam servir tanto para prover informações relevantes no processo que ainda não foram apresentadas pelas partes envolvidas, bem como para efetivamente servir de “microinstituição” que conduzirá e monitorará o cumprimento da determinação judicial.³¹⁷ Como afirma o autor, “no sistema americano o *special master* é designado no processo como representante da corte para a prática de alguns atos ou transações específicas, cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, algumas vezes com grande autonomia”.³¹⁸

Ainda a esse respeito, CARLOS ALBERTO DE SALLES explica que os *masters* têm por função “apenas supervisionar tarefas de instrução ou de execução, atuando geralmente em casos que envolvam prova complicada ou execução de julgados complexos”. Assim, caso seja necessário preservar ou administrar um negócio ou entidade, o juiz nomeará interventores denominados de *receivers*.³¹⁹

Em conclusão, não restam muitas dúvidas que doutrina e jurisprudência convergem para o fato de que a execução da sentença que visa à implementação de políticas públicas, que exige um

³¹⁷. “A fase de execução no processo judicial estrutural está muito longe de ser esporádica. Ela tem um começo, talvez um meio, porém não tem fim, bem, quase não tem fim. (...) Uma relação de supervisão duradoura desenvolve-se entre o juiz e a instituição, pois seu desempenho deve ser monitorado e novas estratégias criadas para se ter a certeza de que a operação da organização permanecerá dentro dos limites constitucionais. O juiz pode, ainda, criar estruturas administrativas – novamente o *special master* – para dar assistência a essas tarefas” (FISS, Owen. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 145).

³¹⁸. FISS, Owen. As formas de justiça. Op. cit., p. 144. A Regra 53 das *Federal Rules of Civil Procedure* é a que regula as funções dos *masters*,

³¹⁹. SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions and Contempt of Court* em Defesa do Meio Ambiente. Op. Cit., p. 103-104. Verifica-se que o direito americano não admite o acúmulo de funções daquele que fiscaliza com aquele que administra, ainda que ambos estejam em tais funções por ordem de um mesmo juiz e por um mesmo objetivo mediato, ficando clara a diferença da natureza de suas funções. A Regra 66 das *Federal Rules of Civil Procedure* é que regula as funções dos *receivers*. O entendimento de utilização desse tipo de instrumento, com base no exemplo norte-americano, também é compartilhado, dentre outros, por MICHELE TARUFFO e GEOFFREY C. HAZARD JR. (TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey. *American Civil Procedure: an introduction*. Vail-Ballou Press: Binghamton, New York, 1993, p. 197-199) e FRANCISCO VERBIC (VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75).

procedimento complexo e de longa duração, deve ser acompanhado de perto pelo Poder Judiciário, o qual pode e deve se utilizar de auxiliares para tal tarefa.³²⁰ Assim como ocorreu na Itália, o próximo passo no Brasil é o reconhecimento em lei da possibilidade de utilização de um comissário no cumprimento de sentença dos processos estruturais (principalmente com a eventual aprovação o Projeto de Lei n. 8.058/2014), tendo em vista que tal figura já vem sendo utilizada na prática.

4.4. Razoabilidade e proporcionalidade

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, “a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio da constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.³²¹ A própria autora também afirmou, ao citar diretamente CAIO TÁCITO, que o princípio da proporcionalidade tem “natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”.³²²

Como ensina JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá pela aplicação dos subprincípios: I) *da adequação dos meios* ou *da conformação*, “o qual impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; II) *da exigibilidade* ou *da menor ingerência possível*, que exige “a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso”; e III) *da*

³²⁰. A conclusão de CARLOS ALBERTO DE SALLES a respeito do tema é determinante: “Nos casos de *structural injunctions*, esses mecanismos processuais são essenciais, tendo em vista que, em razão de sua complexidade, não bastam as ordens diretas emitidas pelas cortes, mas torna-se necessário o acompanhamento direto e continuado de sua implementação” (SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions e Contempt f Court em Defesa do Meio Ambiente*. Op. cit., p. 104).

³²¹. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 133.

³²². TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. In: *Revista de Direito Administrativo* 204: 1-7, p. 2, abr./jun. 1996.

proporcionalidade em sentido estrito, por meio do qual “deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma”.³²³

Em resumo, trata-se de princípio de natureza axiológica, que eleva diretamente as ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins.³²⁴

A doutrina afirma que o princípio da proporcionalidade vincula os três poderes em todas as suas atividades.³²⁵ Neste trabalho interessa analisar a forma como tal princípio é utilizado por parte do Poder Judiciário em casos em que deve decidir sobre a condenação do Poder Público na obrigação de fazer consistente em efetivação de políticas públicas. E, principalmente, em que medida tal princípio é importante para a condução da execução da condenação.

No que se refere à fase de julgamento, o Poder Judiciário deve, ao analisar o conflito, ponderar se o ato do Poder Público violou a ordem jurídica e sopesar dentre os interesses em conflito qual deles tem maior relevo à luz do sistema jurídico.³²⁶ Objetivamente, é verificar a adequação da decisão administrativa (interesse estatal) aos fins buscados pela Constituição Federal, quando da proteção aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, significa dizer que no julgamento da ação o Poder Judiciário deve, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderar se a escolha do Poder Público foi adequada e preservou o direito fundamental social cuja realização é buscada na demanda judicial. Nas palavras de ROBERTO OMAR BERIZONCE:

En ese sentido la jurisdicción asume una función remedial, porque la decisión es encaminada más hacia la búsqueda de

³²³. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 269-270.

³²⁴. CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2011, p. 228.

³²⁵. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 268-269.

³²⁶. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 72/73.

*'remedios' para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa.*³²⁷

Na fase de cumprimento de sentença, em que o Poder Judiciário visa a compelir o Poder Público à implementação da política pública objeto da condenação à obrigação de fazer, o princípio da proporcionalidade também é de extrema importância. Isso porque caberá ao juiz encontrar, dentre vários, aqueles instrumentos adequados para os fins a que se destina a fase executiva. Além disso, o juiz terá que proferir as decisões estruturais em cascata, nas quais conflitos de valores, inclusive de ordem constitucional, ocorrerão a todo momento.

Com efeito, como visto nos subitens do tópico 4.3, o juiz possui ampla discricção para conduzir a fase executiva. Melhor, possui diversos instrumentos processuais à sua disposição para alcançar a implementação mais adequada da política pública, a fim de que o direito fundamental social por ela tutelado ganhe a tão esperada efetividade no plano da realidade.

Nesse contexto, o juiz deve ponderar se, nas circunstâncias dos autos, deve ele conceder ao Poder Público a oportunidade de apresentar um plano de ação, qual a amplitude ideal do debate do plano de ação com a sociedade civil (por meio de *amici curiae* e audiências públicas), como permitir que haja uma negociação do plano de ação entre os envolvidos, em que medida será necessária a nomeação de auxiliares do juízo, além de sopesar, caso necessário, quais as medidas coercitivas que podem ser adequadas e efetivas para o caso concreto, etc.

Além disso, conforme exposto no tópico 4.5 a seguir, ainda terá o juiz que, por meio da aplicação princípio da proporcionalidade, relativizar o princípio da demanda ou da adstrição. Isso porque, no momento da propositura da ação, o autor da demanda estrutural nem sempre conseguirá formular um pedido apresentando a forma mais

³²⁷. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 269.

adequada para a tutela do direito fundamental que está sendo violado.³²⁸ Como visto no item 3.2.2, dificilmente o autor da demanda terá conhecimento de todos interesses envolvidos, ou a visão da questão por todos os ângulos possíveis, ou o conhecimento suficiente da realidade a ser reestruturada a ponto de seu pedido se consubstanciar em efetiva solução. Todas essas questões multipolares aparecerão durante a instrução da demanda ou até mesmo durante o cumprimento de sentença.

Além disso, o juiz deverá, na fase executiva, flexibilizar o princípio da coisa julgada. Isso porque as mudanças da sociedade são dinâmicas e, assim, determinado contexto fático considerado na sentença pode ter sido alterado antes da fase executiva. Ou, ainda, o próprio Estado pode ter modernizado suas técnicas e encontrado outras formas de solucionar a violação do direito fundamental social que não tenham sido consideradas no comando da sentença.

Como afirma OSVALDO CANELA JR., essa é a hipótese didática de utilização do princípio da proporcionalidade no cumprimento de sentença do controle judicial de políticas públicas. Isso porque, nesse momento, o juiz terá que sopesar princípios de grandeza constitucional, mais especificamente o princípio da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) e o princípio dos objetos fundamentais do Estado (CF, art. 3º).³²⁹

Como explicado no item 2.3.1, a preferência de um princípio sobre o outro não significa que a medida será inconstitucional. Significará apenas que, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, um princípio constitucional tem mais preponderância do que outro naquela demanda, a fim de que se atinjam os primordiais objetivos do Estado.³³⁰ É o que a doutrina

³²⁸. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. Op. Cit., p. 482.

³²⁹. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 161.

³³⁰. Nas palavras de ROBERT ALEXY, os princípios “são mandamentos otimizados, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob

denomina de *restrições a direitos fundamentais constitucionalmente fundamentadas*.³³¹

Portanto, a importância da aplicação da regra da proporcionalidade é evidente, não só para a fase de julgamento da demanda, mas principalmente para a fase do cumprimento de sentença, em que o Poder Judiciário terá que verificar, por meio do sopesamento de princípios e valores em jogo, quais são os instrumentos processuais mais adequados para compelir o Poder Público a implementar de forma efetiva a política pública objeto do processo.

4.5. Flexibilização dos princípios da demanda (adstrição) e da coisa julgada

Em todo o estudo ora realizado, concluiu-se que o processo que visa ao controle judicial de políticas públicas quebra os paradigmas do processo tradicional (bipolar). A complexidade da matéria, a multiplicidade de interesses envolvidos e a tentativa de regular os atos do Poder Público sobre uma sociedade dinâmica, dentre outros fatores, fazem com que as posições estáticas do

determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag* (2006). 2ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., Março de 2011, p. 90 e 93-94).

³³¹. Como afirma VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “sedimentou-se a ideia de que tais restrições, para que possam ser consideradas restrições constitucionalmente fundamentadas, e não violações a direitos, têm que passar no exame da proporcionalidade”. Para o autor, se aplicada a regra da proporcionalidade, a restrição de determinado direito fundamental não afetará o seu conteúdo essencial ou irá esvaziá-lo, pois tal restrição terá fundamentação constitucional suficiente. “Nesse sentido, *restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas*. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo social”. Assim, quando há conflito direitos fundamentais no caso concreto, a aplicação da proporcionalidade trata-se de verdadeira harmonização ou concordância prática de direitos fundamentais ou princípios. A restrição a determinado direito fundamental é, na verdade, uma harmonização com os demais princípios envolvidos no problema. (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 181 e 197-198).

processo tradicional não sejam de adequada aplicação no dito processo estrutural.

Por essa razão, para o processo estrutural andar bem, será muitas vezes necessário que o juiz permita a flexibilização dos princípios da demanda (ou da adstrição ou da congruência) e da coisa julgada, para que se possa adaptar os provimentos jurisdicionais ao contexto multipolar e mutante do direito tutelado. Conforme afirma ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, “se contextos estáticos geram uma espécie de presunção em favor da preclusão, cenários de instabilidade falam em nome da mutabilidade dos esquemas argumentativos e, por conseguinte, contra a estabilidade *prima facie* nestes casos”.³³²

Com efeito, enquanto no processo tradicional (bipolar) as partes do processo têm posição estáticas, uma vez que são antagônicas e estão embasadas sobre matéria de fato que dificilmente sofrerá mudanças no decorrer do tramite processual, no processo estrutural tais fatores simplesmente não estarão presentes. Isso porque, no processo estrutural, não haverá apenas duas posições, mas múltiplas. A base da realidade fática discutida muitas vezes se modifica de forma acelerada durante a tramitação do processo. As partes também nem sempre terão posições antagônicas, pois podem convergir em determinados pontos, até mesmo porque todas elas possuem o mesmo objetivo: adaptar a ação estatal de forma que se possa dar condições adequadas para o exercício de uma vida digna pelos indivíduos. Esse interesse também é do Poder Público, o qual tem referido objetivo como obrigação constitucional e fundamento para a sua própria existência (CF/1988, arts. 1º e 3º).

Por isso, como visto no decorrer de todo este trabalho, principalmente nos Capítulos 3 e 4, os parâmetros e limites desenvolvidos para o processo tradicional (bipolar) não podem ser impostos ao processo estrutural (multipolar), cuja complexidade, tramitação, matéria-prima fática e objetivos são totalmente outros.

É nesse contexto que, em primeiro lugar, deve ser flexibilizado o princípio da demanda (ou da adstrição) no processo

³³². CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª Edição, Bahia : Editora Podivm, 2014, p. 519.

estrutural. Referido princípio está consubstanciado no art. 496 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Isso porque, como adiantado no item 4.4, diante de um contexto fático dinâmico, que revela uma multiplicidade de posições a respeito de como solucionar o mesmo problema, muitas vezes o pedido formulado pelo autor do processo estrutural nem sempre corresponderá a forma encontrada no decorrer do processo (que contará com a intervenção da sociedade civil por meio de *amici curiae* e audiências públicas) como a mais adequada para o ajuste da ação estatal a respeito de determinada política pública. Nessa hipótese, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ser flexibilizado o princípio da demanda, de forma que a concretização adequada dos objetivos fundamentais do Estado (art. 3º) seja viabilizada no processo.³³³

A flexibilização desse princípio deve ocorrer não só por eventual erro de pontaria do autor, mas também pela própria eventual alteração da circunstância fática no decorrer do processo ou, ainda, em razão de o Poder Público desenvolver novas técnicas e já ter encontrado outra forma de tutelar o direito fundamental social debatido no processo. As palavras de SÉRGIO CRUZ ARENHART resumem, de maneira límpida, a necessidade de flexibilização do princípio da demanda:

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a conseqüente ideia de *adstrição* – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção

³³³. Importante ressaltar que, apesar de consagrado no Código de Processo Civil, o princípio da demanda tem vinculação direta com os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica. Por isso, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade.

em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda de determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial.³³⁴

Com base na mesma lógica é que também, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ser flexibilizado (ou relativizado) o princípio da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) nesse tipo de processo. Isso porque, da mesma forma que ocorre para o autor da demanda, o juiz pode, no comando da sentença, impor uma obrigação ao Poder Público que se revele na prática, durante a tramitação do cumprimento de sentença, não ser a solução mais adequada para o problema. Ou ainda, o Poder Público, ao sugerir um plano de ação no início do cumprimento de sentença, pode revelar que desenvolveu outras técnicas de implementação de políticas públicas mais adequadas para o caso concreto que não foram consideradas no comando do provimento jurisdicional. Aliás, é por meio da flexibilização da coisa julgada que se permitirá a necessária prolação das decisões estruturais em cascata estudadas no item 4.3, as quais, ao aparar as arestas da sentença, podem eventualmente mudar alguns detalhes da obrigação de fazer imposta ao Poder Público no comando da sentença.

No mesmo sentido, OSVALDO CANELA JR. explica que

à medida que o órgão jurisdicional prola uma sentença, realinhando, em seu dispositivo, as políticas públicas, as demais formas de expressão do poder estatal vinculam-se à sua

³³⁴. ARENHART, Sergio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 482.

consecução. A solução encontrada pelo Poder Judiciário poderá tornar-se obsoleta ou mesmo inconveniente, no tempo, em face da eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado. Ora, se o Estado apresentar solução mais efetiva do que aquela determinada na decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizado a realizá-la, em face do reconhecimento da coisa julgada material? Esta se nos afigura uma hipótese clara de relativização da coisa julgada. Com efeito. Se o objetivo do Estado é a consecução do bem comum, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal, então esta finalidade estará sendo atendida ao se aprimorarem os meios de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Há, *in casu*, uma clara contraposição entre princípios de grandeza constitucional, tanto assim considerados a coisa julgada e os objetivos fundamentais do Estado. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, neste passo, certamente recomendam seja assegurado este último em detrimento do primeiro.³³⁵

CAMILO ZUFELATO ainda exemplifica a questão sob o prisma da consensualidade das partes na fase de cumprimento de sentença, ao afirmar que

o mesmo se dá, aliás, na fase de *execução da política pública* que fora definida na fase anterior, permitindo-se – com a quebra de um dos cânones do processo civil tradicional, que é a impossibilidade de alteração, em fase de cumprimento de sentença, da parte dispositiva da decisão que recaiu sobre a condenação transitada em julgado – também consensualidade acerca de *ajustes e alterações* no que fora definido anteriormente, pois assim pode se mostrar mais eficiente e mais rente às

³³⁵. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 161. A respeito dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade vide item 4.4.

reais necessidades do direito fundamental a ser implementado pela política pública.³³⁶

Nesse caso é de se levar em consideração a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de que a ação, por meio da atividade jurisdicional, visa a alcançar escopos jurídicos, políticos e sociais.³³⁷ Ou seja, o escopo do processo não é exclusivamente jurídico, mas também político e social. Por isso, é possível afirmar que a flexibilização da coisa julgada visa a justamente dar efetividade também ao escopo social da demanda, ao ajustar o comando judicial às necessidades da realidade social que está sofrendo interferência.

Os autores do Projeto de Lei n. 8.058/2014, liderados por ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, previram tal necessidade e redigiram o art. 20 da seguinte maneira:

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Em resumo, o que se buscou demonstrar neste item é que: I) o dinamismo da sociedade traz alterações constantes na realidade e na necessidade socioeconômicas da população, além do desenvolvimento natural pelo Poder Público das técnicas que visam a cumprir sua obrigação constitucional de promover condições para o exercício de uma vida digna para os indivíduos por meio da criação de políticas públicas; e II) ao mesmo tempo, é necessário considerar

³³⁶. ZUFELATO, Camilo. A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei n.º. 8.058/2014. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLES, Jorge Agudo (Coord). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 318-319.

³³⁷. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, v. II, p. 301-303.

que o processo judicial é moroso, ainda mais em demandas de alta complexidade. Dessa forma, quando a sentença é proferida, muitas vezes o contexto analisado nem sempre é exatamente o mesmo daquele de quando foi proposta a ação judicial, ainda mais quando o objeto do processo é a criação ou implementação de uma política pública. Além disso, quando da execução da sentença, ainda que pareça que ela tenha dado a solução mais adequada ao caso concreto, a prática pode revelar o contrário. Daí surge, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade (cf. item 4.4), a necessidade de flexibilizar a forma de prolatar a sentença (flexibilizando-se o princípio da demanda) e, principalmente, de superar algumas limitações na fase de cumprimento de sentença, como a coisa julgada material.

4.6. Alegação da reserva do possível como obstáculo para o cumprimento da condenação

Como visto, ao contrário da tutela executiva adjudicatória do processo tradicional, o objetivo da execução da sentença no processo estrutural é criar meios para o Poder Público implementar ou ajustar, de maneira adequada e constitucional, a política pública objeto da sentença condenatória, desde a inserção de sua previsão no orçamento (pelo Poder Legislativo) até a sua efetiva implementação (pelo Poder Executivo), estabelecendo-se, para tanto, um cronograma ou plano de ação.

Como explicado no item 2.3.2 deste trabalho, o principal argumento do Poder Público para sua omissão ou ineficiência é o fato de não ter recursos financeiros para tanto. Esse argumento é comum principalmente quando se está diante de uma condenação judicial para a implementação de políticas públicas.

Diante desse argumento do Poder Público, o Poder Judiciário deverá então analisar se a falta de dinheiro decorre: I) unicamente do fato de a arrecadação ser insuficiente, hipótese na qual o Poder Público, por mais que atue da maneira adequada e constitucionalmente exigida, não consegue realizar todas as políticas públicas necessárias e prioritárias à população por falta de dinheiro; ou II) de uma atuação do Poder Público com políticas não

prioritárias, que custam dinheiro e nada estão ligadas com o objetivo estatal de dar aos indivíduos condições de fruir uma vida digna.³³⁸

Com relação à primeira questão, OSVALDO CANELA JR. afirma que, “para o orçamento programa, a ausência de receita é mero pressuposto de atuação no tempo e não fator de paralisação da atividade estatal”.³³⁹ Por isso, o objetivo da sentença judicial é o de fazer com que o Poder Público insira em seu programa a política pública questionada na ação judicial, ainda que haja limites orçamentários comprovados em determinada época.

Ter esse objetivo em mente é essencial na hipótese ora estudada, pois como mencionado em diversas passagens deste trabalho, a execução da sentença condenatória não poderá lesar o erário público com a retirada de dinheiro de seu caixa de maneira inesperada, sob pena de inviabilizar as demais políticas públicas tão necessárias quanto àquela discutida no processo. Por isso, com base nessa premissa cautelosa, o Poder Judiciário deve exigir que o Estado se programe para incluir em seu orçamento a política pública necessária para cessar a violação do direito fundamental social constatada no processo.

No que se refere à segunda questão fática geradora da inconstitucionalidade da forma de ação do Poder Público, deverá o Poder Judiciário determinar a adequação do orçamento público, por meio de transposição de verbas, conforme as prioridades obrigatórias impostas pela Constituição Federal. Novamente, exigindo-se do Poder Público uma reprogramação e adequação financeira de suas ações.

Sintetizando a sua forma de atuação em ambas as hipóteses, o Poder Judiciário deverá condenar o Poder Público a duas

³³⁸. Conforme ensinou ADA PELLEGRINI GRINOVER, “não será suficiente a alegação pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138).

³³⁹. *O Orçamento e a “Reserva do Possível”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 231.

obrigações de fazer: *à inclusão ou à transposição das verbas necessárias no orçamento para o adimplemento da obrigação* [pelo Poder Legislativo]; e *à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação* [pelo Poder Executivo].³⁴⁰ O Poder Judiciário, com base nas premissas estabelecidas acima (no item 4.3 e demais subitens), deverá acompanhar de perto o cumprimento de tais obrigações, sob pena de não ser dada efetividade à sua sentença.

Tratando-se de intervenção no orçamento público, quando o Poder Judiciário, em um primeiro momento do cumprimento de sentença, exigir do Poder Público que apresente o plano de ação para a efetivação da condenação (cf. item 4.3.3), essa obrigação deverá envolver necessariamente tanto o Poder Executivo como o Legislativo. Isso porque o Poder Executivo será responsável pela elaboração do plano de ação a ser sugerida, com previsão de custos e cronograma de execução da política pública, e, em paralelo, o Poder Legislativo será o responsável pela adequação do orçamento, com a inclusão ou transposição das verbas necessárias para o plano de ação sugerido pelo Poder Executivo. Uma vez apresentado o plano e discutido por todos os envolvidos (cf. item 4.3.3), caberá ao Poder Judiciário realizar o monitoramento de seu cumprimento por ambos os Poderes majoritários.

A possibilidade de intervenção judicial no orçamento público, bem como referida forma de organização do respectivo cumprimento de sentença (ou das decisões estruturais em cascata), têm sido reconhecidas pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (a qual, aliás, passou a reconhecer, desde 2005, que esse tipo de intervenção no orçamento pode ocorrer, inclusive, pela via do controle concentrado de constitucionalidade)³⁴¹.

³⁴⁰. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138.

³⁴¹. NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. O controle de constitucionalidade concentrado de normas orçamentárias. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 211-213. Esse fato reforça as menções feitas no decorrer do Capítulo 3, no sentido de que as ações constitucionais que visam o controle concentrado de constitucionalidade também são instrumento de controle judicial de políticas públicas, inclusive aquelas nas quais, em razão da alegação da cláusula da reserva do possível, é necessário que o Poder Judiciário proferira decisões que venham a intervir no orçamento público. O julgado que inaugurou esse entendimento no Supremo Tribunal Federal, segundo o estudo realizado no artigo mencionado nesta nota de rodapé, foi proferido no

Nesse sentido, vale aqui transcrever trechos relevantes do voto do Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, proferido em recente julgamento do Recurso Extraordinário 592.581-RS (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), ocorrido no Supremo Tribunal Federal em 13 de agosto de 2015. Referido recurso tem origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, na qual se buscava a realização de obras no sistema prisional gaúcho, mais especificamente no Albergue Estadual de Uruguaiana, em razão da precariedade das condições em que estavam submetidos os detentos.³⁴² Em tal demanda, o Poder Público, para justificar sua inércia, alegou a cláusula da reserva do possível. Confira-se as palavras do Min. LUÍS ROBERTO BARROSO diante de tal alegação:

A) Sobre a possibilidade de intervenção judicial no orçamento público:

Presidente, eu gostaria de dizer que ouvi com interesse a defesa do Estado do Rio Grande do Sul pelo Procurador do Estado, Doutor Luís Carlos Kothe Hagemann, com a solidariedade de quem já defendeu o Estado em situações difíceis nesta vida. O Estado lida com esse drama de ter que alocar recursos escassos entre fins alternativos que são crescentes em uma sociedade como a nossa. O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. E aqui, Presidente, na linha também do voto de Vossa Excelência, preservar aspectos mínimos da

julgamento da ADI n. 2925-8, em 4 de março de 2005, que teve como relatora a Min. ELLEN GRACIE.

³⁴². Ressalte-se que, em razão da repercussão geral da matéria reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (tendo em vista que praticamente todos os presídios brasileiros convivem com tais circunstâncias de precariedade de condições para os detentos), nos autos do referido recurso extraordinário a UNIÃO e mais 14 (quatorze) Estados pediram a intervenção nos autos como interessados e *amicus curiae*. Esse fato é um exemplo didático da multipolaridade dos assuntos relativos a políticas públicas, estudado no item 3.2.1 e referido no decorrer de todo trabalho.

dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível, igualmente na linha do que sustentou o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot. De modo que, embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, também aqui, Presidente, estou acompanhando Vossa Excelência no tocante à exclusão da tese de que a reserva do possível pudesse obstar a interferência do Judiciário ou legitimar a inércia do Estado.

B) Sobre a forma de impor a obrigação de fazer e gerir o cumprimento de sentença:

E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os

técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias. (...) Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral (...) é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso.

Note-se que as premissas para a tramitação do cumprimento de sentença mencionadas neste Capítulo 4 (p.ex.: provimentos estruturais em cascata, execução complexa e negociada, aplicação da regra da proporcionalidade, fiscalização do cumprimento da obrigação de fazer) são reconhecidas pelo Min. LUÍS ROBERTO BARROSO para as hipóteses de intervenção do Judiciário em políticas públicas, inclusive quando há a necessidade de adequação do orçamento público.³⁴³

Portanto, é possível concluir, do ora exposto, que a jurisprudência pátria já reconhece que: I) a reserva do possível não é obstáculo para que seja proferida e cumprida uma sentença que determine a implementação de políticas públicas; II) o Poder Judiciário pode determinar a inclusão ou transposição de verba orçamentária para o cumprimento de tal decisão; III) o Poder Judiciário não possui técnica suficiente para elaborar sozinho o plano de implementação da política pública objeto do processo, razão pela qual o cumprimento de sentença deve ser participativo e com a

³⁴³. Importante mencionar que as premissas utilizadas nesse julgamento, não só no voto do Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, têm por referência a reforma do sistema prisional norte-americano, ocorrida por meio de ações judiciais ajuizadas na década de 1960 e 1970. No item 4.9.2 deste trabalho será estudado o caso que deu origem a tal reforma (julgado no Estado do Arkansas), tendo em vista que ele é tido como um dos principais exemplos de condução de condenações proferidas em processos estruturais.

utilização de auxiliares do juízo; e IV) o Poder Judiciário deve fiscalizar de perto o cumprimento da condenação imposta ao Poder Público, sob pena de não ser dada efetividade à sua decisão.

4.7. Medidas coercitivas

Quando o Poder Público, por meio de seus agentes, se negar a negociar, cooperar ou a cumprir o plano ou cronograma de ações que conduzirão a implementação da política pública na fase de cumprimento de sentença, poderá o juiz utilizar-se de medidas coercitivas. Como afirma ROBERTO OMAR BERIZONCE, “*la cuestión esencial, a esa altura, sea hasta dónde puede llegar la presión de los jueces para obligar a los poderes políticos al cumplimiento de deberes que emanan de la Constitución*”.³⁴⁴

Importante deixar claro, desde já, que as medidas coercitivas não têm o condão de atingir os Poderes Executivo e Legislativo como instituições. Com efeito, não são as instituições que representam os Poderes Executivo e Legislativo que contrariam decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mas as pessoas físicas que as comandam. Atingir a existência ou o funcionamento diário das instituições é atingir a sociedade como um todo.

Por isso, as medidas coercitivas a serem deferidas pelo juiz devem ter por destinatários as pessoas físicas que comandam tais poderes. Nenhum ato coercitivo deverá ser tomado pelo juiz para alterar unilateralmente as estruturas administrativa e financeira dos Poderes Executivo e Legislativo, até mesmo porque a reconstrução de tais estrutura será objeto de discussão e negociação na fase de cumprimento de sentença, com ou sem determinado agente público no comando do Poder Público. O objetivo é fazer com que a pessoa física do agente público saia da inércia ou da negação, a fim de que negocie e cumpra o plano de ações que visa à implementação da política pública objeto do processo.

Mesmo na hipótese de intervenção judicial, será o próprio agente público será afetado. Isso porque o objetivo será afasta-lo do

³⁴⁴. BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. In: *Revista de Processo*. Vol. 190/2010, Dez/2010, p. 43.

cargo, ainda que provisoriamente, a fim de que a decisão do juiz seja enfim efetivada.

Por isso, como se demonstrará a seguir, o gestor público poderá ser apenado naqueles casos excepcionais nos quais, mesmo após dialogar e negociar a execução da sentença, ele se recusar a promover e concretizar os atos para a criação e negociação da política pública.

4.7.1. Inadequação da aplicação de multa contra o Poder Público e do bloqueio de suas verbas

O Superior Tribunal de Justiça já autorizou, em diversas oportunidades, medidas de coerção patrimonial contra a Fazenda Pública, para aqueles casos de descumprimento de decisões judiciais que se consubstanciem em obrigação de fazer para a concretização de direitos fundamentais sociais, inclusive com a autorização de bloqueio de verbas das contas correntes.³⁴⁵

Contudo, a imposição de multa diária (*astreintes*) ou de natureza sancionatória (*contempt of court*) contra o Poder Público, a nosso ver, de nada adiantará para compeli-lo a cumprir a decisão judicial que determinou a implementação ou adequação de determinada política pública. No mesmo sentido, o bloqueio de dinheiro das contas públicas, em função do bloqueio de valores decorrentes de tais multas, de nada adiantará para fazer com que o Estado cumpra seus objetivos constitucionais de forma adequada. Ao contrário, como visto em todo este trabalho, o bloqueio de verbas públicas de forma repentina pode piorar a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Estado, pois pode significar a retirada

³⁴⁵. “1. Inexiste impedimento quanto a aplicação de multa diária cominatória, denominada *astreintes*, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer – Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes. 2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar-se o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade humana e do direito à vida e à saúde” (STJ, REsp 861.262/RS, Rel. Min.^a ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 05.09.2006). Ver também na jurisprudência do STJ, dentre outros: AgRg no REsp 189.108/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 13.03.2001; REsp 771.616/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, 20.06.2006; REsp 790.175/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 05.12.2006.

verbas de outras políticas públicas tão ou mais importantes do que aquelas discutidas no processo.

Com efeito, o órgão estatal depende do agente público que o administra para cumprir a obrigação de fazer. Assim, se o agente público não está tendo a sua esfera pessoal ou patrimonial ameaçada por referida determinação de aplicação de multa diária ou sancionatória, muito pouco ou quase nenhum efeito tal medida coercitiva surtirá.³⁴⁶ Por isso, é necessário impor medidas coercitivas diretamente contra o próprio agente público (por meio de medidas que serão estudadas a fundo nos itens a seguir) e não contra o Poder Público em si.

Um exemplo da nocividade dessa medida de bloqueio de contas públicas, ocorre, em sua grande maioria, em ação individuais em que se busca o fornecimento de tratamento ou medicamentos que custam relevante montante de dinheiro. Conforme estudado no item 3.5, referidas demandas individuais têm efeitos nocivos, pois, no exemplo dos remédios, o bloqueio de verba pública para prover determinado medicamento retirará “recursos de outros medicamentos, que poderiam beneficiar outra espécie de doentes”,³⁴⁷ os quais não possuem acesso ao Judiciário, mas que, de toda forma, já estavam sendo atendidos por meio de políticas públicas já implementadas e que terão suas verbas reduzidas ou cortadas. É a lógica do *cobertor curto*.³⁴⁸

Por isso, as hipóteses de aplicação de multa contra o Poder Público e o respectivo bloqueio de contas públicas são totalmente inadequadas, tendo em vista que a primeira é ineficaz e a segunda

³⁴⁶. FERRARESI, Eurico. *Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008, sob a orientação da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER.

³⁴⁷. SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 380.

³⁴⁸. Idem, Op. cit., p. 380. Ainda a esse respeito, ver, dentre outros: SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, sob a orientação da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, p. 118-126. FERRAZ, Octávio Luiz da Motta. *Direito à saúde, escassez e Judiciário*. Artigo publicado no sítio da Folha de S. Paulo em 10.08.2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1008200709.htm>. Acesso em 03.12.2016.

pode gerar efeito indesejado, no sentido de piorar as condições de concretização das políticas públicas já existentes, que são mais ou tão importante quanto aquela debatida no processo judicial.

Importante ainda considerar que sempre haverá situações de urgência, em que a única solução pensada pelo juiz seria o bloqueio de verba pública. OSVALDO CANELA JR. e MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO afirmam que se o juiz optar por tal medida, deve ser aplicada a regra da proporcionalidade, por meio da qual deve sopesar os valores constitucionais contrapostos, optando-se por aquele de maior relevo constitucional, conforme o contexto histórico-social.³⁴⁹

Por isso, ao se deferir um bloqueio de verbas públicas em razão de urgência de determinado caso concreto, o juiz deve ter o cuidado de não estar dando menor atenção à prestação estatal já existente para outras questões sociais tão importantes e urgentes. Para OSVALDO CANELA JR. e JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, a aplicação da regra da proporcionalidade, nessas hipóteses, fará que os cidadãos continuem a ser atendidos de forma igualitária e evitará que o Poder Judiciário assuma indevidamente a fila de atendimento dos órgãos do Poder Público, o que criaria uma crise no sistema³⁵⁰ (crise que, infelizmente, já é identificada na vida orçamentária e financeira de muitos entes estatais em função de decisões judiciais proferidas sem qualquer ponderação).³⁵¹

4.7.2. Aplicação de multa contra o agente público

Como visto no item 4.7.1, não é apropriado se tomar medidas coercitivas contra o patrimônio do Poder Público, o que pode prejudicar o seu funcionamento em outras searas tão importantes quanto à política pública discutida no processo. Com isso, somente resta ao Poder Judiciário a alternativa de, em caso de

³⁴⁹. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde*, Op. cit., p. 382. CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. Op. cit., p. 104-105.

³⁵⁰. CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. Op. cit., p. 105. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgnag; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173-193.

³⁵¹. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde*. Op. cit., p. 382.

inércia na fase do cumprimento de sentença, dirigir medidas coercitivas contra o agente público.

A nosso entender, a multa aplicada contra o agente público é muito mais eficaz do que aquela aplicada contra o Poder Público. Com efeito, é o próprio agente público quem coordena as ações do Poder Público. Assim, quando se mantém inerte com relação a uma ordem judicial proferida contra o ente público que administra, ele deixa claro o sinal de que a determinação judicial não será por ele cumprida. Assim, somente indo contra a sua esfera pessoal e patrimonial que será possível que ele saia dessa inércia.

EDUARDO TALAMINI afirma que já se tem comprovado que os agentes públicos não se sentem pressionados a cumprir determinada ordem judicial quando ela tiver como pena uma multa cominada contra o patrimônio estatal, por isso, faz-se necessário dirigi-la aos próprios agentes. Nas palavras do autor:

a experiência tem revelado que os agentes públicos que detêm a competência para o cumprimento da decisão não se sentem pressionados pela multa cominada contra o patrimônio da entidade estatal. Diferentemente dos dirigentes de pessoas de direito privado que demonstram claramente sentir-se constrangidos pela multa imposta às empresas que administram (seja porque nelas detêm participação acionária, seja porque serão responsabilizados pelos controladores), os agentes públicos normalmente acusam o golpe. Na prática, estes quase nunca são responsabilizados pelas perdas patrimoniais que, por sua conduta pessoal de recalcitrância, acarretam aos cofres públicos. Diante disso, cabe considerar a possibilidade de a multa ser cominada diretamente contra a pessoa do agente público, e não contra o ente público que ele 'presenta' – a fim de a medida funcionar mais eficientemente como instrumento de pressão psicológica. Não deve ficar descartado que, em casos graves, a multa venha a ser cominada diretamente contra o agente público incumbido do cumprimento da decisão. Em vista das peculiaridades (e deficiências) da

estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento.³⁵²

TEORI ALBINO ZAVASCKI possuía posicionamento um pouco diverso. Para o autor, não poderia o agente público ser atingido diretamente pela multa processual. A multa deveria ser suportada pelo Poder Público, o qual teria o direito de ação regressiva contra o agente.³⁵³

Em nosso entendimento, essa forma de responsabilização do agente público sugerida por TEORI ALBINO ZAVASCKI não se consubstancia em efetiva medida de pressão para o cumprimento da obrigação de fazer objeto da condenação. Isso porque se o próprio agente público é quem administra a instituição que sofreu a multa cominatória, as chances de uma ação de regresso contra ele próprio são mínimas.

A jurisprudência brasileira tem se dividido a respeito da possibilidade de aplicação de multa cominatória contra o agente público por descumprimento da condenação de obrigação de fazer. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado datado de 26 de abril de 2010 (REsp nº 747.371-DF), decidiu que o agente público, por mais que seja representante da pessoa jurídica de direito público, não é parte no processo e não pode sofrer sanção pelo descumprimento da obrigação de fazer. No caso em questão, referido Tribunal Superior ainda entendeu que a atuação do agente no

³⁵². TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-170.

³⁵³. "Não há razão para excluir as pessoas de direito público desse meio coativo. Também elas, como as demais devedores, devem cumprir tempestivamente as obrigações de fazer e de não fazer assumidas em título extrajudicial ou impostas em sentença. Se a prestação for indevida, há meios adequados para impugná-la (recurso ou embargos à execução, conforme o caso). Porém, uma vez estabelecido que a obrigação é legítima e que deve ser cumprida, não mais se justificará a resistência. Caberá ao juiz impor a multa, que será suportada pela instituição, sem prejuízo da ação regressiva contra o servidor ou a autoridade que resistir injustificadamente ao mandado judicial" (ZAVASCKI, Teori Albino. In: *Comentários ao CPC*. vol. 8, RT, 2000, p. 505).

mandado de segurança se dá por mera substituição processual, o que não justifica uma sanção de cunho pessoal.³⁵⁴

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado definitivo proferido já na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (em 15 de dezembro de 2016), entendeu por cabível a aplicação de multa cominatória contra o agente público em razão da inércia em cumprir a condenação de obrigação de fazer consistente na implementação da política pública. Nesse caso, o referido Tribunal entendeu, em cotejo ao mencionado julgado do Superior Tribunal de Justiça, que “pertinente esclarecer que o REsp 747371 (mencionado pelo agravante a fl. 08), reporta-se à hipótese de extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública nos termos do §4º do art. 461 do antigo Código de Processo Civil, não servindo para o caso em voga, o qual se refere à hipótese de aplicação de penalidade pessoal, se o caso, por descumprimento de dever da parte e ‘de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo’ (artigo 77, ‘caput’, CPC/15)”.³⁵⁵

³⁵⁴. “Todavia, nesse proceder judicante não pode se imiscuir em seara alheia, sob pena de usurpar a função do Poder Legislativo. Inexistente norma expressa que alcance a pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público, não há como manter o julgado no ponto. Ademais, na presente hipótese, a cominação da sanção ao Governador e à Secretária Administrativa, a par de não ter observado o contraditório e a ampla defesa, não tem razão de ser pelo fato de que eles não são partes na execução. Registra-se que a atuação desses agentes, no mandado de segurança, se deu em substituição processual”. (STJ, REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, j. 06/04/2010).

³⁵⁵. “Agravamento de instrumento. Ação civil pública. Inconformismo contra a decisão que determinou a intimação do Município-recorrente para cumprimento de obrigação, na pessoa do Chefe do Executivo Municipal, sob pena de multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, no valor de R\$ 115.009,24, a ser paga com recurso do próprio alcaide. 1. Ilegitimidade de ente político para recorrer em nome do Prefeito. Personalidades que não se confundem. Precedente da Corte Paulista. Recurso não conhecido nesta parte. 2. Inexistência de nulidade do r. despacho. Decisão suficientemente fundamentada, sendo a imposição de multa pessoal por ato atentatório ao exercício da jurisdição positivada no artigo 77, § 1º, do Código de Processo Civil. 3. Art. 910 e seguintes do CPC aplicáveis para execuções contra a Fazenda Pública fundadas em título extrajudicial, e o caso em apreço cuida de ação civil pública em fase de cumprimento de sentença. Noutras palavras, título executivo judicial. 4. Alegação de que já teria sido apresentado o PRAD – Projeto de Recuperação Ambiental perante o órgão ambiental competente, sendo impossível o cumprimento da obrigação antes da aprovação da readequação do projeto na CETESB. Descabimento. Notícia de que o PRAD apresentado em 03/03/2016, muito embora considerado insatisfatório, não foi corrigido porque nenhuma providência foi adotada para alterá-lo. ‘Parquet’ que busca a execução da condenação com trânsito em julgado há três anos, sem sucesso devido às reiteradas esquivas dos requeridos ao cumprimento das ordens judiciais. Recurso não conhecido em parte, e na parte conhecida, não provido. Voto. (...) E ainda que de forma diversa, não

O nosso entendimento, em consonância à lição de EDUARDO TALAMINI e ao entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, é o de que é possível a aplicação de multa contra o agente público, sendo esta, aliás, medida coercitiva eficaz para, em casos extremos, pressionar os responsáveis pelo ente público condenado a cumprir a obrigação de implementar a política pública.³⁵⁶

Importante ressaltar que o inc. IV do art. 139 do Código de Processo Civil prevê que cabe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias

haveria motivos para declarar a pretensa nulidade. O r. 'decisum', que vem suficientemente fundamentado a julgadora explicita os motivos pelo qual entende pela possibilidade de imposição de penalidade ao Chefe do Executivo Municipal, permitindo plenamente o exercício do direito de recorrer -, e a imposição de multa pessoal por ato atentatório ao exercício da jurisdição vem positivado no artigo 77, § 1º, do Código de Processo Civil, afastada, assim, a argumentação acerca da ausência de embasamento legal. (...) E sobre toda a alegação de que já teria restado comprovado nos autos a apresentação do PRAD Projeto de Recuperação Ambiental perante o órgão ambiental competente, sendo impossível o cumprimento da obrigação antes da aprovação da readequação do projeto na CETESB, os argumentos do agravante não se sustentam, sendo certo que por meio de consulta do andamento do processo principal (autos nº 0002050-23.2010.8.26.0495) realizada diretamente por este Relator junto ao site do TJSP, percebe-se que após a prolação do r. despacho ora vergastado, sobreveio nova decisão judicial, ocorrida em 12/09/2016, a qual atesta, de maneira veemente - com embasamento na informação da CETESB de fls. 912 dos autos principais - que o PRAD apresentado em 03/03/2016, muito embora considerado insatisfatório, não foi corrigido porque nenhuma providência foi adotada para alterá-lo. Tal fato, inclusive, foi crucial para negar o efeito suspensivo pleiteado nos autos do agravo de instrumento nº 2177251-15.2016.8.26.0000, interposto pela requerida TERMAQ TERRAPLENAGEM, CONSTRUÇÃO CIVIL E ESCAVAÇÕES LTDA. E nem se avenge a exiguidade do prazo de trinta dias concedido para fins de cumprimento da obrigação. O título executivo judicial transitou em julgado há três anos (fl. 55), e desde então o 'Parquet' busca a execução do julgado, sem sucesso devido às reiteradas esquivas dos requeridos ao cumprimento das ordens judiciais. Finalmente, pertinente esclarecer que o REsp 747371 (mencionado pelo agravante a fl. 08), reporta-se à hipótese de extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública nos termos do §4º do art. 461 do antigo Código de Processo Civil, não servindo para o caso em voga, o qual se refere à hipótese de aplicação de penalidade pessoal, se o caso, por descumprimento de dever da parte e 'de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo' (artigo 77, 'caput', CPC/15)". (TJ-SP; Agravo de Instrumento 2225527-77.2016.8.26.0000; Rel. Des. OSWALDO LUIZ PALU; 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; j. 15/12/2016)

³⁵⁶. Como afirmou ENRICO TULLIO LIEBMAN a respeito da aplicação de multas cominatórias e sancionatórias, “os meios coativos que se acabam de mencionar não têm propriamente caráter executório, porque visam conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam. São, porém, meios sumamente eficazes para o fim almejado. O direito brasileiro não conhece nada que se lhes possa comparar” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 234).

para assegurar o cumprimento da ordem judicial”. E, como entendido pelo Tribunal bandeirante, o art. 77, inc. IV do mesmo diploma legal ainda prevê que é dever “de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

Observe-se que, pouco importa a natureza da multa (coercitiva ou sancionatória), o que interessa é que ela sirva de instrumento de coerção ou indução do juiz para fazer com que o agente público cumpra a obrigação de fazer objeto da condenação.³⁵⁷ O art. 139 do Código de Processo Civil é muito claro nesse sentido. Por isso, entendemos cabível que o agente público também sofra todas as medidas indutivas, aplicáveis a quaisquer outras pessoas, para que seja pressionado a cumprir a condenação judicial.

4.7.3. Prisão do agente público

Como se asseverou ao longo deste trabalho, o Poder Judiciário não possui estrutura e especialidade técnica que lhe dê condições de criar ou implementar políticas públicas, ainda que possua todas as informações necessárias em mãos. Em razão disso, a efetivação da condenação a essa obrigação de fazer sempre dependerá da estrutura burocrática do Poder Público e, principalmente, daqueles agentes públicos que têm competência sobre a entidade estatal que sofreu a condenação no processo judicial.

É por isso que, nesse contexto, muitos aventam a necessidade de o juiz, quando nenhuma outra medida coercitiva ou indutiva surtir efeitos, utilizar-se do instrumento coercitivo mais ameaçador: o de vincular o episódio de descumprimento da decisão judicial à prisão do agente público. Contudo, a prisão do agente

³⁵⁷. Note-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, no trecho de seu julgado transcrito no corpo do texto deste trabalho e na nota de rodapé acima, utilizou-se da natureza diversa da multa aplicada no caso por ele julgado para não seguir a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, como é notório, essa apenas foi uma técnica argumentativa do Tribunal de Justiça de São Paulo para não seguir o entendimento do julgado da Corte Superior. Isso porque, em ambos os casos, as multas aplicadas tinham por objetivo coagir o agente público, competente pela entidade pública executada, a cumprir a obrigação de fazer objeto da condenação.

público é muito controversa.

A controvérsia tem como uma de suas origens o fato de a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, prever que “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário fiel”.³⁵⁸ Diante dessa previsão constitucional, a doutrina tenta responder à seguinte pergunta: é possível inserir a prisão do agente público nessas exceções de prisão civil ou tal prisão pode ter natureza criminal?

Parte da doutrina afirma que a obrigação de determinada pessoa à prestação de alimentos, que é uma das hipóteses de prisão, visa a proteger valores constitucionais que muito se aproximam dos valores constitucionais que constituem a obrigação do Poder Público de realizar políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais sociais. Isso porque, em ambas as hipóteses, busca-se assegurar *a existência digna de seu titular*, por meio de prestações relativas à saúde, educação, moradia, assistência social, *etc.* Por isso, afirma-se que é de se pensar se não seria possível, com base na exceção constitucional a respeito da obrigação de prestar alimentos, a prisão de um agente público que está impedindo a realização de direitos fundamentais sociais.³⁵⁹

³⁵⁸. Essa posição consagra o item 7.7 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, o qual prevê que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

³⁵⁹. Nesse sentido, EDUARDO TALAMINI afirma que “convém investigar se a essencialidade do bem jurídico tutelado, nas hipóteses cogitadas no presente ensaio, não justifica solução diversa. Entre os direitos fundamentais a prestações estatais positivas, a maior parte deles destina-se a assegurar a existência digna do seu titular. Isso é bastante evidente nos direitos sociais a prestações fáticas: educação, saúde, assistência social, moradia... Diante disso, é de se indagar se, nesses casos, não estão presentes exatamente os mesmos valores e objetivos que estão por trás da autorização da prisão civil por descumprimento de ordem de prestação de alimentos. Nas ações de caráter individual destinadas à concretização de um direito social a uma prestação fática, isso se evidencia facilmente. Pense-se na decisão judicial que determina o fornecimento de um medicamento que é essencial à sobrevivência do autor da demanda. Diante disso, cabe até mesmo meditar se a noção de constitucional não abrange essas prestações estatais. Note-se que o conceito constitucional de alimentos, para os quais está permitida a prisão civil, não se restringe àqueles ditos ‘legítimos’, decorrentes das relações de direito de família. Abarca a igualdade os alimentos contratuais e os indenizativos. Não fosse assim, não faria sentido a referência, no art. 100 da Constituição, a dívida de natureza alimentícia da Fazenda Pública. Mas aquilo de que ora se cogita constitui já um passo adiante mesmo em relação a tal noção ampla de alimentos. Trata-se de fazer com que esse conceito abarque toda e qualquer prestação que tenha por

A doutrina ainda afirma que a referida proibição constitucional, quando se refere à prisão por *dívida*, está fazendo referência apenas à acepção pecuniária do termo. Isso porque busca-se proibir apenas a prisão da pessoa que não tem dinheiro para pagar suas dívidas e não daquela que conscientemente se esquivava de cumprir provimentos jurisdicionais. Segundo parte da doutrina, o direito não pode proteger aqueles que praticam atos abusivos e que não querem cumpri-lo.³⁶⁰

Em paralelo, alguns ainda defendem que o descumprimento da decisão judicial por agente público pode tipificar os crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal)³⁶¹ ou prevaricação (art. 329 do Código Penal).³⁶² Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça já entendeu dessa forma.³⁶³

destinação essencial assegurar a subsistência digna de seu beneficiário, ainda que não sendo proveniente de qualquer daquelas três fontes tradicionalmente reconhecidas (direito de família, responsabilidade civil e negócios jurídicos). No mínimo, deve-se reconhecer que não há obstáculo constitucional para a consagração dessa solução de lege ferenda". (TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172-173).

³⁶⁰ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 158.

³⁶¹ Código Penal. Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

³⁶² Código Penal. Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Como afirma NELSON HUNGRIA, o interesse ou sentimento pessoal pode ser entendido como "receito de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, caso contrária à decisão judicial" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX, p. 379.)

³⁶³ "PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE "HABEAS CORPUS". DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATIPIA. ATIPICIDADE RELATIVA. I - A autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do CP). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação - interna - de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica). II - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que enseja o reconhecimento da falta de justa causa. Recurso desprovido". (RHC 7.844/PA,

Com relação à hipótese de *crime de desobediência*, a doutrina não enxerga nessa hipótese uma ameaça efetiva contra o agente público, sendo, inclusive, de menor potencial do que a ameaça de prisão processual.³⁶⁴ Isso porque a pena para o crime de desobediência é de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, o que significa que o regime inicial não será o regime fechado, nos termos do art. 33 do Código Penal.³⁶⁵ Além disso, é considerado crime de baixo potencial ofensivo, importando a aplicação da Lei 9.099, de 25 de setembro de 1995, o que impede a prisão em flagrante.³⁶⁶

Já a ameaça de tipificação da conduta do agente público como *crime de prevaricação* parece ser de potencial ameaçador parecido, uma vez que a pena também é a de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, também sendo aplicada a Lei 9.099, de 25 de setembro de 1995. Além disso, para ambas as hipóteses, terá que se aguardar todo o tramite processual, com os recursos cabíveis, para que se inicie o cumprimento da pena, o que deixa a sanção muito distante para que seja efetivamente ameaçadora para o agente público.³⁶⁷

Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. 06/10/1998)

³⁶⁴ LIMA, Felipe Bragantini. Execução judicial de políticas públicas. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Associado Paulo Henrique dos Santos Lucon em 2016, p. 184-186.

³⁶⁵ Código Penal. Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

³⁶⁶ Lei 9.099/95. Art. 69. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. A esse respeito, confira-se decisão do Superior Tribunal de Justiça: “CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, PELO PRESIDENTE DO IPERGS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. APLICABILIDADE DA LEI N.º 9.099/95. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedente da Turma. Cuidando-se de delito de menor potencial ofensivo, aplicam-se os ditames da Lei dos Juizados Especiais, inclusive o parágrafo único do art. 69 da Lei n.º 9.099/95, que veda a prisão em flagrante nos casos em que o agente, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (REsp 442.035/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, j. 02/09/2003)

³⁶⁷ Seja pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a execução da pena pode ser iniciada depois do julgamento de segundo grau, seja pela previsão constitucional de se

Como se nota, a possibilidade de prisão processual é de superior grau ameaçador do que aquelas de natureza criminal, contudo, são matérias de *lege ferenda*. De toda forma, como afirma EDUARDO TALAMINI, ainda que as penas do direito criminal não sejam tão assustadoras, “a perspectiva de cometer crime e ser punido serve para induzir o réu [agente público] ao pronto cumprimento do comando judicial. Reflexamente, portanto, a sanção penal pode funcionar como meio de coerção processual civil”.³⁶⁸

Em suma, ainda que possuam algumas limitações e a doutrina ainda esteja realizando investigações mais profundas para responder à indagação acima formulada, o importante é que existem entendimentos no sentido de que é possível ameaçar a prisão do agente público pelo descumprimento de ordem judicial, o que pode ser utilizado pelo juiz como instrumento ameaçador e coercitivo para impor ao agente público a obrigação de realizar os atos necessários para implementar a política pública objeto da condenação judicial.

4.7.4. Responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa

Como exposto neste item 4.7 (e respectivos subitens), é relevante haver instrumentos que comportem em amedrontamento do agente público, para que ele se veja obrigado a deixar a inércia, para tomar as providências necessárias para cumprir a condenação judicial.

Por isso, outra medida coercitiva cabível é a de ameaçar a caracterização do ato de descumprir a decisão judicial como ato de improbidade administrativa.

O art. 11, inc. II da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, prevê que constitui ato de improbidade administrativa aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública e visem “a retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. ADA PELLEGRINI GRINOVER ensinou, com apoio de EURICO FERRARESI, que o “descumprimento de ordem judicial ofende a harmonia entre os

aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

³⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*. Op. cit., p. 173.

Poderes, de modo que, havendo descumprimento, se deixa indevidamente de praticar ato de ofício”.³⁶⁹

Caso seja caracterizado o ato de improbidade administrativa nessa hipótese, as penas que o agente público pode sofrer são aquelas previstas no art. 12, inc. III, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, as quais se consubstanciam em: afastamento das funções públicas, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos e pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da sua remuneração.

Não há dúvida que, além de ter sua esfera patrimonial afetada, os maiores temores de um agente público são de ter os seus direitos políticos suspensos e de ser afastado das funções públicas. Assim, a ameaça de ter caracterizado o descumprimento da decisão judicial como ato de improbidade administrativa pode ser um instrumento muito efetivo para fazer com que o agente público saia da inércia.

A jurisprudência pátria, em diversas oportunidades, já entendeu dessa mesma forma. Contudo, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, para a caracterização de ato de improbidade administrativa, é necessária a caracterização do dolo do agente público.³⁷⁰

³⁶⁹. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 141.

³⁷⁰. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAPIVARI/SP, POR TER DESCUMPRIDO DECISÃO JUDICIAL QUE IMPÔS AO ENTE PÚBLICO A OBRIGAÇÃO DE REALIZAR OBRAS, NO PRAZO DE 180 DIAS, NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA. AMOLDAMENTO DA CONDUTA NO ART. 11, II, DA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) E APONTAMENTO DO PRINCÍPIO TIDO POR VIOLADO. PRECEDENTES. TIPICIDADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. In casu, houve a condenação do agravado por ato de improbidade (art. 11, II da Lei 8.429/92), por ter descumprido, à época em que exercia mandato da Prefeitura do Município de Capivari/SP, decisão judicial, consubstanciada na obrigação de fazer atinente à reforma e manutenção da Estação Rodoviária local, no prazo de 180 dias. 2. A condenação do agravado foi mantida pelo Tribunal de origem, que concluiu que a inércia do Prefeito ofendeu os princípios aplicáveis à Administração Pública e previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Destacou, também, que a ausência de dolo e de dano ao erário não excluem a improbidade administrativa (fls. 219), conferindo substrato à condenação do Agente como se o mero descumprimento de ordem judicial, por si só, fosse suficiente para fundamentar a condenação do acusado por

Por isso, no momento de utilizar tal medida coercitiva, o juiz deve, a nosso ver, já apresentar suas razões no sentido de que os atos do agente público já são caracterizadores do dolo ao descumprir a decisão judicial. Assim, o juiz evita que tal argumentação, de necessidade de caracterização do dolo, seja utilizada pelo agente público como motivo para deixar de cumprir a decisão judicial.

4.7.5. Intervenção judicial

No item 4.3.4 deste trabalho, demonstrou-se que o juiz pode se utilizar de interventores judiciais para assumir a gestão da instituição pública ou do ente federativo condenado à obrigação de fazer, afastando-se, assim, os respectivos agentes públicos responsáveis. Na linha de pensamento desenvolvida em todo este Capítulo 4, a intervenção somente poderá ocorrer em situações extremas, quando o agente público responsável estiver, de forma clara e manifesta, se negando a cumprir a condenação, depois de todas as outras medidas coercitivas e indutivas não terem surtido efeitos.

No referido item 4.3.4, demonstrou-se casos concretos em que a intervenção judicial se deu em entidades estatais específicas, como na administração de hospital público.

Como também ali afirmado, os arts. 34, inc. IV e 35, inc. IV da Constituição Federal preveem a hipótese de intervenção em

ato ímprobo, deixando de analisar, contudo os outros elementos indispensáveis para a configuração de ilícito administrativo de tal natureza. 3. É assente na doutrina e jurisprudência que a conduta do Agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do Agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. 4. A leitura do acórdão do Tribunal a quo evidencia que configurada está tão somente a ilicitude da conduta, sem que fosse apontado o princípio violado. Ademais, não se discorreu acerca do elemento volitivo do recorrente, arguindo apenas ser despidiênda a comprovação de dolo ou culpa, em flagrante dissonância com o entendimento sedimentado nesta Instância Especial, que já pacificou a jurisprudência quanto à indispensabilidade de comprovação do dolo para a tipificação da conduta do Agente Público nos moldes do art. 11 da Lei de Improbidade. Precedentes: REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.2.2010; AgRg no AREsp. 44.773/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 15.8.2013. 5. Agravo Regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 116.741/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. em 21/05/2015)

Estados-membros e Municípios no caso de descumprimento de ordem judicial. Importante ressaltar que essa modalidade de intervenção judicial é muito aceita na jurisprudência a respeito de descumprimento de ordens judiciais que determinam a inclusão de precatórios ligados a verbas trabalhistas e previdenciárias no orçamento de Municípios e Estados-membro, além da reintegração de posse de imóveis rurais invadidos pelo Movimento Sem-Terra (MST).³⁷¹ Parece claro que, se a respeito de inclusão de precatórios e reintegração de posse a medida já é bem utilizada, a respeito da concretização obrigatória de direitos fundamentais sociais ela não pode ser deixada de lado pelo Poder Judiciário.

Portanto, a nosso ver, as formas acima descritas de intervenção no ente público pode ser, em último caso, uma das medidas coercitivas a serem utilizadas pelo juiz para fazer cumprir a sentença que determinou à implementação ou ajuste de determinada política pública.

4.7.6. Bloqueio de verbas destinadas a fins secundários (uma possível exceção)

Como já visto, o Poder Público, na maioria das vezes, alega não possuir recursos financeiros suficientes para a implementação da política pública objeto do processo. Como visto no item 2.3.2, para o orçamento programa a falta de recursos não é motivo para a inação estatal, mas apenas motivo apenas para que seja diferida a implementação da política pública no tempo.

Como demonstrado no item 4.6, diante de tais alegações, o juiz deve analisar qual é a origem do problema. Mais especificamente: I) se todo o dinheiro objeto da arrecadação, apesar de estar sendo utilizado conforme as prioridades exigidas pela Constituição Federal, não é suficiente para realizar todas as políticas públicas necessárias; ou II) se o Poder Público está destinando verbas

³⁷¹. Nesse sentido, TJ-SP: Intervenção Estadual n. 9046531-55.2004.8.26.0000, Rel. Des. ROBERTO STUCCHI, j. 19.07.2005; Intervenção Estadual n. 9037850-91.2007.8.26.0000, Rel. Des. MARCO CÉSAR MULLER VALENTE, j. 13.02.2008; dentre outros. STJ: Intervenção Federal 103-PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 15.10.2014; Intervenção Federal 26-PR e 19-PR, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, j. 06.06.2001, dentre outros.

públicas para políticas que não estão dentre tais prioridades constitucionais.

A hipótese analisada neste item é a segunda, na qual o Poder Público está destinando recursos para políticas públicas que não são prioritárias, em hipóteses em que o seu agente está manifestamente se negando a cumprir a condenação judicial.

Há situações em que a urgência é fator relevante para o cumprimento da sentença que visa à implementação de políticas públicas. Nessa hipótese, quando o Poder Público se nega manifestamente a readequar a verba orçamentária, seria lógico pensar que o juiz poderia determinar unicamente que os recursos destinados a fins secundários sejam bloqueados. Aliás, o bloqueio de verbas públicas já é deferido há tempos pelo Poder Judiciário, como visto no item 4.7.1 (apesar de ser medida inadequada).³⁷²

Essa medida realmente parece lógica, contudo, não há separação de dinheiro conforme sua destinação nas contas correntes do Poder Público. Assim, caso se efetive a determinação de bloqueio de determinada quantidade de dinheiro, há a possibilidade de o Poder Público, mesmo assim, continuar a executar a implementação da política pública de fins secundários, fazendo com que o bloqueio de dinheiro se consubstancie na retirada de verba de outras políticas públicas que também são prioritárias.

Por isso, é de se pensar se, nessa hipótese, a determinação do juiz até pudesse se consubstanciar em uma penhora de recursos financeiros do Poder Público, mas ela também deve impedir que tal política pública que visa objetivos secundários continue a receber recursos, a fim de que a sua implementação seja efetivamente paralisada e o dinheiro a ela destinado seja transferido para a implementação da política pública prioritária que é objeto do processo.

Ou seja, essa possível exceção que permitiria um bloqueio de verbas públicas, obviamente, deve ser um ato extremamente controlado pelo juiz, tanto a respeito de bloquear somente valores

³⁷². STJ, REsp 861.262/RS, Rel. Min.^a ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 05.09.2006. Ver também na jurisprudência do STJ, dentre outros: AgRg no REsp 189.108/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 13.03.2001; REsp 771.616/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, 20.06.2006; REsp 790.175/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 05.12.2006.

reservados para a política pública de fins secundários, como para impedir o Poder Público de continuar a executá-la ou implementá-la.

4.8. Satisfação da tutela executiva e o diferimento temporal

Como estudado no item 4.3, as decisões judiciais que visam a controlar as políticas públicas são extremamente complexas, pois, além de dar sentido a múltiplos interesses, acabarão por reconstruir as estruturas de funcionamento e organização dos entes públicos condenados. Como visto, da forma como estão estruturados, os entes públicos violam direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, impedem a correta concretização dos objetivos do Estado que visam a realizar condições para o exercício de uma vida digna pelos indivíduos. Não à toa, como ali visto, tais decisões são chamadas de *decisões estruturais*.³⁷³

Como analisado no item 4.3.3, o juiz deverá proferir diversas *decisões estruturais em cascata*, começando pela sentença. Conforme ali estudado, o juiz não conseguirá delimitar, por falta de conhecimento técnico, o plano de ação específico a ser seguido pelo Poder Público para concretizar a política pública. Muito menos conseguirá ele fiscalizar sozinho o cumprimento de tal plano de ação pelo Poder Público. Por isso, ele necessitará de ajuda, seja pela promoção de um cumprimento de sentença participativo e negociado, seja pela utilização de auxiliares técnicos para fiscalizar a efetivação da sua decisão.

Num primeiro momento, como visto, as decisões estruturais visarão à construção do plano de ação a ser seguido pelo Poder Público. Já num segundo momento, as decisões visarão: I) às formas de fiscalização do cumprimento pelo Poder Público; II) a necessidade de ajustes no plano de ação; e III) a necessidade da tomada de eventuais medidas coercitivas.

³⁷³. FISS, Owen. *Two models of adjudication*. FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 764; BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 269; ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 393.

Ou seja, diante da complexidade da matéria que pretende solucionar, o controle judicial de políticas públicas presume claramente a prolongação e o aprofundamento da participação do Poder Judiciário na disputa, o que inclui, depois da sentença, planejar e supervisionar os atos do Poder Público que farão mudar as condições indignas de vida dos indivíduos constatadas no processo.³⁷⁴

Tendo organizado todo o plano de ação para implementar a política pública, a pergunta que a doutrina se faz é: em que momento o Poder Judiciário poderá declarar a satisfação da tutela executiva? A resposta, em tese, seria simples: a tutela executiva consubstanciada em uma obrigação de fazer, nessa hipótese, se encerrará no momento em que o direito fundamental social for realizado, por meio da implementação de uma política pública adequada.

Contudo, a obrigação de fazer do Estado, consubstanciada na concretização de um direito fundamental, não possui um fim. Não se trata de uma obrigação única que poderá ser declarada encerrada com determinado evento. A decisão proferida nesse tipo de processo visa a transformar as estruturas do Estado para o futuro, não com o objetivo de somente muda-las, mas de *muda-las e mantê-las*, sem a possibilidade retrocesso. Essa obrigação, nos termos da Constituição Federal (art. 3º), é de trato continuado no tempo, sempre com vistas à consecução dos objetivos do Estado brasileiro.

Por isso, não é possível se dizer que a tutela executiva, consubstanciada em uma obrigação de implementar ou corrigir políticas públicas, pode ser declarada satisfeita, de forma absoluta e definitiva. Afinal, a obrigação estatal de cumprir a sentença que reconhece valores e prioridades constitucionais sempre existirá. O Poder Público, por mais que já tenha ajustado suas estruturas, pode eventualmente descumprir a condenação futuramente, cabendo ao Poder Judiciário atuar para evitar e estancar esse descumprimento.

Como já visto no item 4.5, caso o contexto social seja

³⁷⁴. “The decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. It provides for a complex, on-going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court’s involvement with the dispute” (CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976, p. 1.198).

alterado, será possível ao Poder Judiciário reconhecer ajustes nas formas de agir do Poder Público, mas, para isso, o Poder Judiciário deve se manter vigilante. Por isso, é muito difícil se afirmar, em absoluto, a satisfação da tutela executiva. O Estado até pode se portar espontaneamente de forma adequada para dar hígido cumprimento ao comando judicial e satisfazer a tutela executiva. Porém, o Poder Judiciário terá que se utilizar de instrumentos de monitoramento para que isso seja garantido e certificado.

Como se verá no item 4.9 a seguir, em que serão apresentados casos relevantes que inspiraram o controle judicial de políticas públicas, o Poder Judiciário muitas vezes precisou atuar por mais de década somente para ajustar as ações das estruturas de Estado, o que somente foi possível pela constante fiscalização exercida no cotidiano dos entes públicos.

Em especial no caso *Holt* (item 4.9.2), essa questão pode ser visualizada de uma melhor forma. Isso porque, para ajustar as estruturas estatais do sistema penitenciário do Estado de Arkansas (Estados Unidos da América), foi necessário ajuizamento de diversas ações judiciais seguidas, sendo que algumas delas eram reclamações de descumprimentos específicos das sentenças proferidas nas demandas anteriores.

Portanto, o prolongamento da fase de execução das condenações impostas ao Poder Público, inclusive a fase de monitoramento sem a declaração em absoluto de satisfação da tutela executiva, é de importância evidente. Isso porque “o alongamento temporal permite ao juízo monitorar a implantação de medidas e seus resultados”, mantendo o Poder Público sob constante coerção jurídica e psicológica. O fato de “estar sob ‘supervisão’ judicial já é suficiente para estimular os poderes eleitos a conformar” suas estruturas às exigências da Constituição.³⁷⁵

Apesar dos benefícios do prolongamento da fase de execução, é necessário fazer ponderações sobre alguns cuidados que o Poder Judiciário deve ter nesse tipo de atuação diferida no tempo, principalmente no Brasil.

³⁷⁵. VIOLIN, Jordin. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 350.

Em pesquisa realizada no ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça constatou que os processos judiciais no Brasil tramitam, em média, 6,9 (seis vírgula nove) anos na justiça estadual e 8,1 (oito vírgula um) na justiça federal.³⁷⁶ Pensando nas matérias complexas e multipolares dos processos estruturais, esse tempo pode ser muito maior. Assim, é necessário que o próprio Poder Judiciário se auto fiscalize na execução das condenações proferidas em processos estruturais, a fim de verificar se as pessoas que conduzem o caso estão ainda estimuladas a criar as soluções criativas tão necessárias nesse tipo de processo.

A esse respeito, foi constatado no caso *Holt* (estudado no item 4.9.2), que os juízes que conduziram a causa (Henley, Hutto e Eisele) consideravam o processo, após determinado período de tempo, uma *dor de cabeça administrativa*, o que desestimula sua equipe de auxiliares a buscar soluções criativas para cada problema que demandava uma nova decisão judicial. Nesse sentido, o juiz Henley chegou a renunciar à condução do processo. Diante desses problemas, depois de mais de década de tramitação do caso, o juiz Eisele veio a declarar o seu encerramento, o que gerou certa frustração na população, uma vez que, além da certa que alguns abusos voltariam, ainda era necessário ajustar algumas ações estatais para dar condições de vida digna aos detentos.³⁷⁷

Por isso, é necessário que o Poder Judiciário adote métodos para não deixar ocorrer esse tipo de estímulo, podendo-se, inclusive, trocar o juiz já desgastado pela demanda. Obviamente, esse tipo de medida, ao menos no Brasil, deve ser objeto de alteração legislativa, em razão do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII).³⁷⁸

De toda forma, ainda que seja possível e recomendável uma rotatividade de magistrados na condução do cumprimento de sentença nesse tipo de processo, é certo que tal rotatividade deve ser

³⁷⁶. Conforme Relatório Justiça em Números 2016 (ano-base 2015), p. 71, gráfico 3.83.

Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em 10.12.2017.

³⁷⁷. VIOLIN, Jordin. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. Op. cit., p. 333-334 e 349.

³⁷⁸. CF/1988, art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

baixa. Isso porque uma alta rotatividade de magistrados na condução de uma mesma demanda estrutural pode causar retardamentos na concretização da política pública objeto do processo. Com efeito, além de ter que se inteirar de um caso de extrema complexidade, o juiz também demandará muito tempo para entender ao certo qual é o comportamento das partes e o grau de intervenção no Poder Público que se faz necessário para fazer cumprir os comandos judiciais.

No Brasil, em determinadas localidades há grande rotatividade de magistrados em primeiro e segundo grau, em função promoção, remoção, *etc.* Para solucionar problemas semelhante, no caso *Holt* o juiz Henley continuou na condução do caso mesmo depois de ter sido promovido à segunda instância. No Brasil, obviamente, essa medida de permanência na condução do processo após uma promoção também demandaria uma adaptação legislativa.³⁷⁹

Portanto, apesar de ser um benefício a prolongação temporal da atuação judicial na fase de execução da sentença em processos estruturais, é necessário que o Poder Judiciário tome os cuidados necessários para que essa atuação seja ainda efetiva e adequada. Como se nota, não é possível se afirmar que há uma satisfação da tutela executiva, tendo em vista que a obrigação de concretizar os direitos fundamentais sociais reconhecida na sentença sempre existirá.

4.9. Exemplos históricos que inspiraram a utilização de decisões estruturais e a respectiva forma de executá-las

Apesar de não serem muitos, há exemplos históricos nos quais é possível se retirar relevantes ensinamentos a respeito da forma de condução da execução das decisões proferidas em processos estruturais, que visam à implementação ou correção de determinada política pública. Não é o objetivo deste trabalho dissecar todos esses casos. O objetivo deste item 4.9 é apenas apresentar como os conceitos estudados neste Capítulo foram aplicados em

³⁷⁹. VIOLIN, Jordin. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 349.

casos concretos, de forma a alterar o contexto social no qual um direito fundamental social estava sendo violado. Como se notará, grandes mudanças sociais e culturais, principalmente nos Estados Unidos da América, tiveram como coautores o Poder Judiciário, por meio de sua atuação em processos estruturais. Esses casos muito inspiraram a utilização desse tipo de procedimento em todo o mundo, inclusive no Brasil.

4.9.1. O caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*” (EUA)

A doutrina comumente aponta o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483, 1954) como o primeiro exemplo histórico em que se tenham proferidas decisões estruturais (*structural injunctions*). Ainda que se tenham notícias de casos anteriores que também se caracterizam como processos estruturais, esse caso é tido como pioneiro, pois promoveu mudanças substanciais e significativas nas estruturas estatais e na própria cultura norte-americana.

Resumidamente, na primeira metade do século XX vigorava nos Estados Unidos da América a política do *separate but equals* (“Separados, mas iguais”), que tinha por base determinada interpretação distorcida da 14ª Emenda à Constituição Americana (de 1868).³⁸⁰ Essa política racista consistia em conceder serviços públicos iguais a negros e brancos, contudo, de fruição fisicamente separada. Assim, apesar de possuírem acesso a serviços públicos “ditos” iguais, os negros, por exemplo, deveriam frequentar determinadas escolas e os brancos outras.

Nesse contexto, Linda Brown era uma criança negra, de 7 (sete) anos de idade, que, para ir à escola, precisava atravessar a pé toda a cidade onde morava, mais especificamente a cidade de Topeka, no Estado norte-americano do Kansas.³⁸¹ Apesar de haver

³⁸⁰. A 14ª Emenda determinava que os Estados deveriam conceder a qualquer indivíduo proteção igualitária à lei.

³⁸¹. SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S., 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 252. JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em

muitas escolas perto da casa de Linda Brown, elas não aceitavam crianças negras. Como as autoridades estavam inflexíveis quanto à possibilidade de transferência de escola, ajuizou-se, em nome dessa criança, uma ação judicial contra o Conselho Estadual de Educação (*Board of Education of Topeka*), com o objetivo de que Linda Brown pudesse estudar perto de casa, frequentando as escolas destinadas, a princípio, somente a brancos.

A ação ulteriormente tornou-se de cunho coletivo, com 13 (treze) pais pleiteando o mesmo direito a seus filhos, sendo que, quando chegou à Suprema Corte, a ação, agora coletiva, se uniu a mais outras 3 (três) ações coletivas, com origem em Estados diferentes.³⁸²

No julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por meio de votação unânime, deu nova interpretação à 14ª Emenda e decidiu que os negros tinham o direito de também frequentar as mesmas escolas que somente eram utilizadas por brancos.³⁸³ Essa decisão causou grande impacto nos Estados Unidos da América, pois consubstanciava uma revisão na lógica das estruturas estatais e da própria cultura (racista) estabelecida naquele país.³⁸⁴

A respeito da forma de cumprimento dessa decisão, a Suprema Corte determinou que, para prestar total e adequada assistência aos autores das ações coletivas, era necessária uma nova fase processual para que todos os envolvidos fossem ouvidos, a fim de que as peculiaridades geográficas de cada caso fossem analisadas.³⁸⁵ Essa decisão foi apelidada como “*Brown I*”.

Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 571.

³⁸². ARENHART, Sérgio, *Decisões estruturais*. Op. Cit., p. 393; SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S., 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. Op. Cit., p. 251. As outras ações julgadas em conjunto foram: *Briggs et al. v. Elliot et al.* (Carolina do Sul); *Davis et al. v. School Board of Prince Edward County* (Virgínia), et al; e *Gebhart et al. v. Belton et al.* (Delaware).

³⁸³. *U.S. Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483, 1954).

³⁸⁴. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76.

³⁸⁵. Trecho da opinião da decisão: “*Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On*

No ano seguinte (1955), após ouvidas todas as partes, foi proferida nova decisão estabelecendo os parâmetros de como deveria ser cumprida a primeira decisão. Em razão das diferenças geográficas e administrativas de cada caso, a Suprema Corte delegou às cortes locais o processo de fiscalização e adaptação dessa segunda decisão, conforme as necessidades de cada caso concreto. Essa decisão ficou conhecida como *Brown II*.³⁸⁶

Na época, a decisão *Brown II* foi muito criticada, pois se esperava que a Suprema Corte fosse mais incisiva com relação à questão racial nas escolas. A decisão gerava uma descentralização no poder de decisão e fiscalização, fazendo com que o cumprimento dos decretos da Suprema Corte pudesse se tornasse muito demorado.

E foi o que acabou acontecendo, após 10 (dez) anos sentiu-se mudanças efetivas no sistema escolar norte-americano.³⁸⁷ Contudo, atualmente a própria norte-americana reconhece que essa foi a única

reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question -- the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term. The Attorney General of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as amici curiae upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954". As questões 4 e 5 mencionadas na decisão eram as seguintes: "4. Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment: (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or; (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4(a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4(b); (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases; (b) if so, what specific issues should the decrees reach; (c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees; (d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?" (Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em 20.11.2017).

³⁸⁶. U.S. Supreme Court, 349 U.S. 294 (1955).

³⁸⁷. SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S., 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954, p. 256-257.

forma de se dar efetividade à decisão em Estados com situações fáticas e administrativas tão diferentes.

Além disso, essa longa jornada percorrida até que as mudanças estruturais fossem sentidas reforçou o fato de que o Poder Judiciário deve acompanhar de perto o cumprimento de suas decisões por um longo período de tempo.³⁸⁸

4.9.2 Reforma estrutural nas penitenciárias do Arkansas (EUA): o caso “Holt”

Outro caso histórico emblemático teve origem no sistema prisional do Estado do Arkansas, também nos Estados Unidos da América. Na primeira metade do século XX, as prisões no Estado do Arkansas se localizavam em fazendas, distantes dos olhos do público, que compunham um complexo penal agrícola que, segundo os legisladores locais, era exemplar e deveria ser copiado por outros Estados. Contudo, pouco se sabia do que ocorria efetivamente em seu interior, com exceção de alguns escândalos esporádicos. A realidade das prisões era a de que, para economizar e aumentar o lucro, os detentos eram colocados em barracões superlotados, sem ventilação, com alimentação precária e jornadas de trabalho intermináveis. Além disso, muitos sofriam diversas humilhações decorrentes de preconceito religioso contra mulçumanos, além de corriqueiras torturas com fios elétricos e chibatadas. Muitas famílias de presos pagavam propina aos agentes penitenciários para que fossem amenizados os maus tratos.³⁸⁹

Em 1966, depois de diversas rebeliões violentas e o caso vir a público, houve pressão popular e o Governador do Estado (Winthrop Rockefeller) determinou que a Polícia elaborasse um relatório sobre as condições das prisões. O relatório do que estava ocorrendo nos presídios somente foi apresentado no ano seguinte. Ao

³⁸⁸. CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the supreme court*. New York: Viking, 2014, p. 40. Relevante mencionar que parte da doutrina norte-americana considera o caso apenas simbólico, pois tais mudanças teriam se efetivado somente após incentivos e punições impostos pelos Poderes Executivo e Legislativo (ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 2008 (Kindle edition. Posição 6043-6079).

³⁸⁹. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. Op. Cit., p. 307-313.

mesmo tempo em que o Executivo e o Legislativo determinavam algumas mudanças brandas, os presos passaram a buscar o Poder Judiciário exigindo melhores condições.³⁹⁰

Os processos judiciais mais emblemáticos ajuizados a respeito das prisões de Arkansas foram propostos pelo detento Lawrence Holt contra os então chefes da Comissão de Correções. Os 2 (dois) primeiros contra Robert Sarver e o terceiro contra o seu substituto, Terrel Don Hutto.

No primeiro caso, apelidado de *Holt I*, questões mais específicas e outras genéricas do sistema penitenciário foram questionadas, tais como o confinamento na solitária, o deficiente tratamento médico e dentário, além da incapacidade de o Estado proteger a vida e a integridade física dos detentos. Nesse caso, tanto em primeira como em segunda instâncias foram reconhecidos a violação a direitos fundamentais. Contudo, o juiz do caso (Henley) deixou de determinar obrigações específicas e proferiu um provimento aberto, determinando que a autoridade responsável apresentasse um plano de ação em 30 (trinta) dias, com aquilo que conseguiria fazer a respeito, inclusive a respeito de questões orçamentárias.³⁹¹

Apesar de frustrante à época, essa decisão posteriormente foi tida como relevante sob 2 (dois) aspectos. O primeiro porque considerou elementos extra-autos (orçamento) para oportunizar ao condenado a chance de promover espontaneamente a adequação do sistema. O segundo porque diferiu o julgamento no tempo, promovendo o método de tentativa-erro para implementar a política pública carcerária.³⁹²

O segundo processo ajuizado pelo mesmo detento ficou conhecido como *Holt II*. Contudo, ao contrário do *Holt I*, não se apontou pontos problemáticos específicos do sistema carcerário do Arkansas, mas se atacou o sistema prisional como um todo definitivamente.

³⁹⁰. Idem., p. 313-319.

³⁹¹. Idem, p. 318.

³⁹². Idem, p. 319.

No julgamento “concluiu-se que as práticas e as condições do sistema penitenciário estadual, como um todo, configuravam tratamento cruel e incomum”. O juiz afirmou na sentença que os problemas não poderiam ser considerados separadamente, pois um levava ao outro. Assim, toda uma reforma estrutural deveria ocorrer no sistema penitenciário estadual. Novamente, proferiu-se um provimento genérico e se oportunizou ao Poder Executivo que apresentasse um plano de ação para sanar a violação de direitos constitucionais dos detentos. Com o plano definido, o juiz determinou o cumprimento de metas e a apresentação de relatórios periódicos pelo Poder Executivo, sob pena de fechamento das fazendas (complexo penal agrícola). Em razão dos modestos resultados apresentados no primeiro relatório, uma decisão suplementar foi proferida para ajustar a forma de execução da decisão (*First Supplemental Decree*). Outros relatórios, então, se sucederam e outras decisões estruturais em cascata também foram proferidas. O método tentativa-erro-tentativa-acerto foi novamente implementado.

O *Holt II* significou um verdadeiro exemplo de que reformas estruturais poderiam ocorrer por meio de processos judiciais, bem como que o Poder Judiciário, além de acompanhar o cumprimento do plano de ação imposto ao Poder Executivo, deveria promover outros diversos provimentos para a adequação da conduta do Poder Executivo.

Por fim, um terceiro processo foi ajuizado por Lawrence Holt, ficando conhecido por *Holt III*. Neste processo, em razão dos avanços que *Holt II* promoveu no sistema penitenciário, pleiteava-se providências mais detalhistas, desde melhores tratamentos com detentos mulçumanos até o óleo utilizado na comida. Nas palavras de JORDÃO VIOLIN, passou-se a um “ajuste fino” do sistema. “Como efeito, se até então o Judiciário se engajara em eliminar brutalidades do sistema, agora ele se via às voltas com o processo de seleção, contratação e treinamento de empregados que fariam a guarda dos presídios”.³⁹³

Em *Holt III* também houve diversos provimentos em cascata para ajustar as alterações estruturais. *Holt III* popularizou a utilização

³⁹³. Idem, p. 328.

dos *special masters*, os quais, como já vistos no item 4.3.4, auxiliam o juiz a monitorar o cumprimento das decisões de dentro da própria estrutura.³⁹⁴

Se analisar os 3 (três) casos em conjunto, esse é um caso emblemático para os processos estruturais, muito mais do que *Brown v. Board of Education of Topeka*, que o precedeu. Isso porque verificou-se que o Poder Judiciário determinou e fiscalizou a reforma estrutural nas penitenciárias do Arkansas por praticamente 10 (dez) anos, por meio de diversas decisões judiciais proferidas em sequência, que ajustaram inicialmente brutalidades e, posteriormente, detalhes mais específicos do sistema penitenciário do Arkansas. Além disso, serviu de exemplo para todo o país, fazendo com que, na época, diversos sistemas penitenciários estaduais estivessem sob fiscalização do Poder Judiciário.

A frustração identificada nesse caso foi a de ele ter sido encerrado em uma época em que, muito provavelmente, os abusos voltariam. Além disso, a população entendia que muitos ajustes na conduta estatal ainda deveriam ser realizados.³⁹⁵

4.9.3 O caso “Mendoza” (Argentina)

O caso “Mendoza”³⁹⁶ é tido como o litígio estrutural mais complexo da República Argentina, que tem origem em histórico problema ambiental do Rio Matanza-Riachuelo, que nasce no interior da Argentina, atravessa Buenos Aires e se encontra com Rio da Prata. Referido rio, que está em uma região com 5 (cinco) milhões de habitantes (muitas delas em contato direto e diário com o rio), sofre desde 1801 com a contaminação de origem sanitária e industrial, sendo descrito por jornalistas do século XIX como o rio “que não tem nem a cor nem o odor da água, mas cor de putrefação e sangue”.³⁹⁷

³⁹⁴. Idem, p. 329.

³⁹⁵. Idem, p. 333-334 e 349.

³⁹⁶. CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación), causa M. 159. XL. (*Mendoza, Beatriz y ots. C Estando Nacional y ots. Daños y Prejuicios*).

³⁹⁷. VERBIC, Francisco. *El remedio estructural de La Causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA,

Em julho de 2004, a ação foi ajuizada por um grupo de moradores da zona contaminada (dentre ele Beatriz Silvia Mendoza), a princípio contra a União, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e 44 (quarenta e quatro) empresas localizadas na zona do rio. Posteriormente, outros 14 (quatorze) municípios também foram demandados. O litígio envolvia direitos fundamentais sociais relacionados ao saneamento básico, saúde, moradia, trabalho, dentre outros.³⁹⁸

Em razão da complexidade da matéria, a Corte Suprema de Justiça da Argentina, em um primeiro momento, entendeu que a ação não estava fundada em informações suficientes para julgar o caso. Assim, o seu primeiro provimento foi para determinar a apresentação de informações pelas autoridades envolvidas a respeito da contaminação e das medidas que já estavam sendo tomadas para solucioná-la. Além disso, também agendou audiências públicas para ouvir envolvidos no processo, como também interessados no resultado na demanda, inclusive especialistas. Caso as audiências públicas não fossem satisfatórias, outras eram agendadas. Tanto é que, em dado momento, insatisfeita com as respostas das audiências públicas, a Corte determinou a intervenção da Universidade de Buenos Aires como *experto*, a fim de apresentar todas as nuances da situação da contaminação do rio. Outros interventores também foram aceitos nos autos.³⁹⁹

Depois da instrução processual multipolar, a Suprema Corte proferiu, no ano de 2006, uma sentença com provimento aberto, com as diretrizes a serem seguidas para a sua execução, condenando os réus a recompor o meio ambiente, evitando-se que se produzam danos no futuro, com a melhora da qualidade de vida dos habitantes locais. A sentença ainda determinou que os órgãos competentes disponibilizassem informações a respeito da fiscalização das empresas locais, a forma que estava sendo conduzida limpeza do rio e a implementação do saneamento básico para os habitantes em situação de moradia precária. O plano de ação deveria ser apresentado pelo Poder Público em determinado prazo. Além disso, a

Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 290.

³⁹⁸. Idem, p. 290.

³⁹⁹. Idem, p. 291.

Corte fixou multa diária contra a pessoa física dos agentes públicos, com o objetivo de compeli-los a cumprir a condenação.⁴⁰⁰

Em razão da distância com o cotidiano do cumprimento da obrigação e com o objetivo de não paralisar a Suprema Corte, a execução da sentença foi delegada para à Corte Federal de Quilmes, com o objetivo de que os oficiais dessa corte fossem competentes para revisar os planos de ação do Poder Público. A doutrina Argentina relaciona esses oficiais aos *special masters* previstos no direito estadunidense (vide, a esse respeito, item 4.3.4 *supra*).⁴⁰¹

Além disso, a Suprema Corte também estabeleceu mecanismos de controle e participação popular no procedimento de execução da sentença. Por um lado, determinou-se que a Auditoria Geral da Nação que controlasse especificamente a alocação de recursos financeiros e todo o orçamento que tivesse por objetivo cumprira a condenação judicial. De outro lado, a Corte designou o Defensor Público da Nação como coordenador de um grupo colegiado, composto por órgãos governamentais envolvidos na demanda, com o objetivo de receber sugestões dos cidadãos, receber informações e formular solicitações, a esse respeito, aos agentes públicos encarregados do cumprimento da sentença. Esse grupo colegiado, para melhor organizar seus trabalhos, desenvolveu o próprio regulamento interno.⁴⁰²

Não obstante ter determinado a apresentação de relatórios e a condução do processo pela Corte de Quilmes, a Suprema Corte, no ano de 2011, agendou audiência pública, com a participação de todos os envolvidos, para ter contato direto com aquilo que estava sendo realizado para o cumprimento da condenação. Nessa audiência ficaram estabelecidas novas diretrizes a respeito da continuação do cumprimento de sentença, que ainda durará muitos anos devido ao tamanho da reforma estrutural, com a fixação de novas responsabilidades sob o monitoramento e controle da execução da sentença. Essa audiência pública foi instrumento hábil para ajustes do cumprimento da obrigação, com novos provimentos em cascada

⁴⁰⁰. Idem, p. 296-299.

⁴⁰¹. Idem, p. 300-301.

⁴⁰². Idem, p. 301-302.

pela Suprema Corte.⁴⁰³

Como se nota, neste caso foram utilizados muitos dos instrumentos mencionados neste Capítulo 4, desde uma execução participativa e negociada, até medidas coercitivas contra as pessoas físicas dos agentes públicos. O sucesso dos instrumentos utilizados pela Suprema Corte no caso “Mendoza” (os quais são mencionados neste Capítulo ‘4’), segundo ROBERTO OMAR BERIZONCE, abre portas para uma revisão e reconstrução de políticas públicas pelo Poder Judiciário, com efetiva participação dos envolvidos, inclusive dos afetados pela decisão, setores estatais responsáveis e outros entes privados.⁴⁰⁴ Segundo o autor, o experimentalismo da Suprema Corte tem demonstrado que o Poder Judiciário não compadece da inércia dos Poderes Eleitos, numa atuação que não tem gerado risco ou temores na relação entre tais poderes.⁴⁰⁵

⁴⁰³. Idem, p. 305-311.

⁴⁰⁴. BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. Op. Cit., p. 273-274 e 280-281.

⁴⁰⁵. Idem, p. 281.

CAPÍTULO 5: CONCLUSÕES

O objetivo, ao longo da presente dissertação, foi o de demonstrar que o controle judicial de políticas públicas, além de já ser fato incontroverso na doutrina e na jurisprudência brasileiras, não pode ser exercido por meio dos instrumentos coercitivos e subrogatórios do *processo tradicional* (bipolar).

Como demonstrado nos Capítulos 3 e 4, o *processo tradicional* é bipolar, resolve interesses particulares (de índole individual) e possui um juiz passivo. Por sua vez, o *processo estrutural* ou *de interesse público* (por meio do qual se exerce o controle judicial de políticas públicas) é multipolar, resolve violação a direitos fundamentais sociais (de índole difusa) e exige um juiz ativo (como parte do contraditório). Enquanto o *processo tradicional* bipolar visa a decidir sobre uma mera pretensão individual resistida, o *processo estrutural* pretende reconstruir as instituições estatais para que elas passem a atuar da forma constitucionalmente exigida, no sentido de prover condições de vida digna à população e cumprir os objetivos do Estado brasileiro.

O objetivo precípua desta dissertação foi o de concluir que o cumprimento de sentença do *processo estrutural* ou *de interesse público* não pode ser pautado por meras medidas coercitivas e subrogatórias originárias do *processo tradicional*, mas sim pela colaboração e diálogo entre todos os envolvidos, o que inclui o juiz, aqueles que serão afetados pela decisão judicial, a sociedade civil e o próprio ente público condenado.

Apesar de o juiz conseguir identificar e declarar a violação ao direito fundamental social, ele não tem conhecimento técnico suficiente para sozinho criar e implementar as políticas públicas objeto da condenação judicial, que estão a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo. Por isso, para a condução da execução da sentença, o juiz deve levar em conta diversas variáveis que não são de seu conhecimento, tais como os múltiplos interesses que envolvem a realidade social que será afetada pela decisão, as peculiaridades do setor social que sofrerá intervenção, a forma de gerenciar o orçamento público, a disponibilidade financeira do Estado, a existência de outras políticas públicas que dependem do orçamento e são tão importantes para a população quanto aquela que

se discute no processo, as técnicas específicas para criação e implementação da política pública objeto da condenação, as formas de fiscalizar a implementação da política pública, dentre outras.

Por isso, o juiz necessitará, por meio de um procedimento executivo de característica dialogal e participativa, do auxílio e da colaboração de todos os envolvidos, inclusive do Poder Público e da sociedade civil (por meio de *amicus curiae* e audiências públicas), para elaborar um plano de ação a ser imposto ao Poder Público, especificando *como* e *quando* este deve implementar ou corrigir a política pública objeto da condenação judicial. Além disso, o juiz necessitará de auxiliares técnicos, com conhecimento da realidade social que será afetada, para ajudá-lo a: I) fiscalizar a implementação de tal plano de ação pelo Poder Público; e II) ajustar tal plano de ação, conforme se faça necessário.

Como visto no item 4.7, nesse tipo de processo, as medidas coercitivas somente têm por objetivo fazer com que, em casos extremos, o agente público, que responde pelo ente público condenado, seja forçado a colaborar com a criação e implementação do plano de ação que visa a cumprir a condenação judicial. Ou seja, as medidas coercitivas não terão como objetivo atingir as estruturas e orçamento das instituições públicas, o que será definido de maneira dialogal e negociada. As medidas coercitivas devem ser dirigidas diretamente ao agente público que responde pelo ente público condenado. Caso alguma medida coercitiva altere bruscamente as estruturas e o orçamento dos entes públicos, corre-se o risco de afetar outras políticas públicas já existentes que podem ser tão ou mais essenciais à população quanto aquela que foi objeto do processo.

Para se chegar a essa conclusão mais específica sobre o tema ora proposto, diversas assertivas foram realizadas no desenvolvimento da presente dissertação, das quais destaca-se:

1. Os direitos fundamentais sociais (de *segunda geração*) foram institucionalizados e constitucionalizados após os abusos que vieram à tona com a revolução industrial e nas duas guerras mundiais, quando se constatou que as liberdades negativas ou públicas (*direitos fundamentais de primeira geração*) somente poderiam ser exercidas se garantidos pelo Estado tais direitos fundamentais sociais (transição do Estado Liberal para o Estado Social) (cf. item 2.1).

2. No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que elevou tais direitos sociais ao grau de direitos fundamentais (art. 6º), cuja realização passou a ser obrigatória pelo Estado, por meio da consecução de políticas públicas que têm por objetivo garantir condições de vida digna aos indivíduos (igualdade substancial e democracia social) (arts. 1º e 3º). Em outras palavras, com a promulgação da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a ter a obrigação de, por meio de ações positivas, concretizar espontaneamente tais direitos fundamentais sociais por meio da criação e implementação políticas públicas, que estão a cargo, respectivamente, dos Poderes Legislativo e Executivo (cf. itens 2.2 e 2.3).

3. O Brasil é um país de dimensões continentais, razão pela qual cada região possui suas características específicas a respeito de clima, desenvolvimento econômico e social, contexto histórico, cultura, *etc.* Por isso, conforme a localidade, determinados direitos fundamentais sociais são mais prioritários do que outros. O resultado desse exercício em cada caso concreto é a identificação do núcleo duro dos direitos fundamentais sociais que devem ser prioritariamente realizados pelo Estado em cada região, o que se convencionou chamar de *mínimo existencial*. Por isso, o conceito de *mínimo existencial* não possui uma definição estanque (cf. item 2.3.1).

4. As normas constitucionais que definem e asseguram os direitos fundamentais sociais possuem eficácia plena e aplicação imediata, pois visam somente a reproduzir, de forma imediata, os parâmetros éticos de referência em que se fundam o Estado brasileiro, da cidadania e da dignidade da pessoa humana (cf. item 2.2.1).

5. Caso tais normas constitucionais consagrem direito fundamental social que compõe o conceito de mínimo existencial, elas vinculam o legislador e o administrador público, não podendo passar pelo crivo da discricionariedade de oportunidade e conveniência. Na hipótese de tais normas preverem direito fundamental social que não compõe o mínimo existencial, elas também vinculam o legislador e o administrador público, mas sua consecução pode ser diferida no tempo por razões orçamentárias (cf. itens 2.3.3).

6. O Poder Público não pode alegar a cláusula da reserva do possível para deixar de implementar determinada política pública que vise a realizar direito fundamental social. Para o orçamento-programa, a falta de recursos financeiros (que foram adequadamente aplicados) não é motivo para a inação estatal, mas apenas motivo para que seja diferida no tempo a implementação da política pública (cf. item 2.3.2).

7. Os direitos fundamentais sociais são direitos constitucionais subjetivos de todos os indivíduos e, por isso, possuem índole difusa (cf. item 2.4).

8. Caso o Estado fique de alguma forma inadimplente quanto à concretização de direitos fundamentais sociais (por omissão ou comissão equivocada), o bem da vida pode ser tutelado pela via jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV), o que constituirá em controle de constitucionalidade de lei ou ato administrativo pelo Poder Judiciário (cf. itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.3.1).

9. O Poder Judiciário é uma das formas de expressão estatal, razão pela qual ele também está vinculado à consecução dos objetivos do Estado definidos no art. 3º da Constituição Federal. Assim, casos os Poderes eleitos falhem, o Poder Judiciário tem legitimidade para exigir destes, pela via jurisdicional, a realização dos direitos fundamentais sociais (CF, art. 2º). Por isso, adotou-se neste trabalho a definição de política pública de OSVALDO CANELA JR., no sentido de que é “o conjunto de atividades do Estado tendentes aos seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam aos fins primordiais do Estado” (cf. item 3.1).⁴⁰⁶

10. O processo que visa a controlar políticas públicas é denominado de *processo estrutural* ou *de interesse público*, pois tem por objetivo reconstruir as estruturas estatais, a fim de ajustar a atividade do Estado conforme suas obrigações e prioridades constitucionais, que, por sua vez, têm por objetivo prover condições de vida digna aos indivíduos (cf. item 3.2 e 3.3.1).

⁴⁰⁶. CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

11. O *processo estrutural* não deve ser realizado por meio dos instrumentos utilizados no *processo tradicional* (bipolar). Isso porque, ao contrário do *processo tradicional*, o processo estrutural é: I) multipolar e não bipolar, tendo em vista que envolve ao mesmo tempo interesses dos mais diversos grupos sociais; II) visa a dirimir violação de direito de índole difusa; e III) exige uma conduta ativa e não passiva do juiz, o qual é agora parte do contraditório e, por isso, deve buscar, por meio de uma participação democrática e colaborativa de todos os envolvidos (autorizando a intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas), uma atividade jurisdicional que vise a abordar a matéria da forma mais ampla e completa possível, com o objetivo de prolatar uma decisão judicial que seja *socialmente efetiva* (cf. itens 3.2, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4).

12. O processo adequado para o controle judicial de políticas públicas é o de índole coletiva, incluindo-se aqui a ação civil pública e algumas ações constitucionais (cf. itens 3.4, 3.5 e 3.6).

13. A sentença proferida no processo estrutural, que reconhece a violação a direito fundamental social e impõe uma obrigação de fazer, deve apenas apresentar diretrizes para o seu futuro cumprimento por parte do Poder Público. O juiz, por ausência de conhecimento técnico, não deve esmiuçar já na sentença o plano de ação a ser imposto ao Poder Público para a implementação da política pública objeto da condenação (cf. itens 4.2, 4.3, 4.3.1. e 4.3.3).

14. Na fase de cumprimento de sentença haverá outros provimentos jurisdicionais, denominados neste trabalho de *provimentos estruturais em cascata*, por meio dos quais o juiz definirá como construir, fiscalizar e ajustar o plano de ação a ser imposto ao Poder Público para a implementação da política pública objeto da condenação judicial (cf. item 4.3.1).

15. O início da fase de cumprimento de sentença deve ser dedicado para a definição do plano de ação a ser imposto ao Poder Público. Tal plano de ação deve ser elaborado de forma participativa e negociada entre todos os envolvidos, incluindo o juiz e o Poder Público, com características que podem eventualmente constituir um negócio jurídico processual. O plano de ação definirá *como* e *quando* deve ser implementada a política pública objeto da condenação judicial. Como forma de democratizar e legitimar a

elaboração do plano de ação a ser imposto ao Poder Público, o juiz pode se utilizar novamente, agora na fase executiva, dos instrumentos de *amicus curiae* e audiência pública (cf. itens 4.3.1, 4.3.2 e 4.3.3).

16. Na fase de implementação da política pública, o juiz pode se valer de auxiliares técnicos para ajudá-lo a fiscalizar o hígido cumprimento do plano de ação imposto ao Poder Público. Tais auxiliares terão natureza jurídica de *órgão auxiliar do juízo*, quando a sua nomeação buscar auxiliar o juiz na implementação e fiscalização da política pública objeto da condenação, sem intervir diretamente na administração do ente público. A natureza jurídica de tais auxiliares será de *órgão extraordinário da administração*, quando for dada a eles a incumbência de intervir diretamente na administração do ente público, por determinado período de tempo (cf. item 4.3.4).

17. A sociedade é extremamente complexa e dinâmica. Assim, nem sempre o autor da demanda coletiva conseguirá definir na petição inicial a forma ideal para implementar a política pública buscada no processo. Por isso, o princípio da demanda (ou da adstrição) deve ser flexibilizado quando da prolação da sentença. Da mesma forma, o juiz pode não considerar na sentença futuras alterações sociais ou eventuais evoluções na técnica de implementar a política pública objeto do processo. Assim, o princípio da coisa julgada também deve ser flexibilizado (ou relativizado), a fim de que se possa ajustar o comando judicial à realidade dos fatos no momento de sua execução. Para ambos os casos, devem ser aplicadas as regras da razoabilidade e da proporcionalidade (cf. itens 4.4 e 4.5).

18. A forma de elaborar e implementar o plano de ação a ser imposto ao Poder Público sempre deverá ter a característica dialogal, negociada e participativa. Medidas coercitivas aplicadas contra o ente público, tal como aplicação de multas e bloqueio de verbas em contas bancárias, podem desarranjar políticas públicas existentes que podem ser tão ou mais importantes do que aquela que é objeto do processo. Por isso, caso haja manifesta inércia ou negação quanto à elaboração ou ao cumprimento de tal plano de ação pelo Poder Público, as medidas coercitivas devem ser dirigidas contra o agente público responsável pelo ente público que sofreu a condenação (cf. item 4.7).

19. Na fase de cumprimento de sentença, a ação do Poder Judiciário deve ser prolongada no tempo, não sendo possível, devido às características do processo estrutural ou de interesse público, apontar-se de maneira certa e absoluta quando ocorrerá a satisfação da tutela executiva (cf. item 4.8).

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALCKMIN JACOB, Carlos Augusto. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela *Suhrkamp Verlag* (2006). 2ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., Março de 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Renovar, 2001 (Apud: KAZUO WATANABE. Controle Jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENHART, Sergio Cruz, Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017;

_____. *Processos Estruturais no direito brasileiro*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

_____. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, n. 1.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. (coord.) *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BERIZONCE, Roberto Omar. *El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias*. In: *La Prueba, Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá (Colômbia), Universidad Libre, 2002, p. 400.

_____. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*. In: *Revista de Processo*. Vol. 190/2010, Dezembro de 2010, p. 43.

_____. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005 - Comentada artigo por artigo*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

BICKEL, Alexander M. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Company Inc. (subsidiária de Howard W. Sams & Co., Inc.), 1962, p. 16-23.

BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

_____. Políticas Públicas e direito administrativo. In: *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição Federal anotada*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURGO, Vitor. O controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª Edição, Bahia: Editora Podivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the Courts: a comparativist's contribution*. Buffalo Law Review, Vol. 25, 1976.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, Porto Alegre: 1984, 2ª edição.

CARDIA, Carlo. *Genesi del diritti umani*. 2ª Ed., Torino: G. Giappichelli, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 6º. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduard; DANTAS, Bruno. (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CHAYES, Abram, *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, Vol. 89, Number 7, Maio de 1976, p. 1.281.

CHEMERINSKY, Erwin. *The case against the supreme court*. New York: Viking, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conforme Relatório Justiça em Números 2016 (ano-base 2015), p. 71, gráfico 3.83. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em 10.12.2017.

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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*. Vol. 212, Setembro de 2012.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set/2005, p. 75.

_____. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 12ª Edição, Salvador : Juspodivm, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*, Vol. 198, Ano 36, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Coordenadora: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, agosto de 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr.; Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – I*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil - II*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald Myles. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ed. Ariel, S.A., 2012.

FAVER, Scilio. *Curso de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRARESI, Eurico. *Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008, sob a orientação da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Daniel; DENCZUK, Tatiana. A quem aproveita, afinal, a judicialização de políticas públicas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais? In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, ReDac 22, 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz da Motta. *Direito à saúde, escassez e Judiciário*.

Artigo publicado no sítio da Folha de S. Paulo em 10.08.2005. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1008200709.htm>.

Acesso em 03.12.2016.

FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas / Vários autores*, São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, política e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, n. 6.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em 11.07.2016.

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

(org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodvum: Salvador, 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociiais_municipais/tabela1a.shtm. Acesso em 01.06.2016.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JOLOWICZ, J.A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1987.

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, p. 657-721, feb. 1988.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.) *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo, Lex Editora, 2010.

_____. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed., com notas de atualização do Prof. JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Felipe Bragantini. Execução judicial de políticas públicas. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Associado PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON em 2016.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 1ª Ed., Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo em 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. In: *Revista de Processo*. Vol. 273/2017, p. 77, Novembro de 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILLARÉ, Édís. 5ª ed. RT : São Paulo, 2000.

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

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; MORETO,

Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. In: *Revista de Processo*, Ano 38, Vol. 220, junho/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS) em 2007.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução CRISTINA MURACHO, São Paulo: Martins Fontes, 1996 – (Paidéia).

MORAES, Humberto Peña de. Do processo interventivo, no contorno do estado federal: da intervenção federal nos estados e no Distrito Federal. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada: Emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. O controle de constitucionalidade concentrado de normas orçamentárias. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Novo Código de Processo Civil de Portugal (Lei nº 41/2013, 26 de junho)

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=, acesso em 15.10.2017.

ONODERA, Marcos Vinicius Kiyoshi. O controle judicial de políticas públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e Perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO, Marcos Vinicius. *O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, sob a orientação da Prof. ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Projeto de Lei 8.058 de 2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em 25.11.2015.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 2008 (Kindle edition. Posição 6043-6079).

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese apresentada para a obtenção do Título de Doutor em Direito à Universidade de São Paulo, orientado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions e Contempt of Court em Defesa do Meio Ambiente*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e*

do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1, Salvador: CAJ- Centro de Atualização Jurídica, 2001, p. 3-4.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. 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 (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

_____. A evolução dos direitos fundamentais. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Legitimação processual e ação popular no direito do ambiente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 129, ou./dez.. 1994.

SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown v. Board of Education 347 U.S., 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do Novo CPC é incompatível com a Constituição*. Artigo publicado em 23.12.2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao#author>. Acesso em 25.11.2015.

STRINCKLER JR., George M.. *Protecting the class: search for the adequate representative in class action litigation*. DePaul law review, Vol. 34, n. 1, 1984.

SUBRIN, Stephn N. *How equity conquered common law: The federal rules of civil procedure in historical perspective*. University of Pennsylvania Law Review, v. 135, abril de 1987.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. In: *Revista de Direito Administrativo 204: 1-7*, p. 2, abr./jun. 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. Artigo publicado em setembro de 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>. Acesso em 23.11.2015.

TALAMINI, Eduardo. Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais a Prestações Positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de*

docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago (Chile): Editorial Metropolitana, maio de 1998.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey. *American Civil Procedure: an introduction*. Vail-Ballou Press: Binghamton, New York, 1993.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JR., HUMBERTO, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In: *Revista de Processo*. Vol. 224/2013, Outubro de 2013, p. 130.

VERBIC, Francisco. *Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el congreso de la nación para regular la tutela colectiva de derechos en la república argentina*. In: *Procesos Colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2014, p. 82.

VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural en la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *El remedio estructural de La Causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Juspodivm: Salvador, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo judicial*. Maio/2014. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2014/05/14/48931-experimentalismo-judicial.shtml>. Acesso em 10.5.2016.

VIOLIN, Jordin. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533 (Apud: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR.; Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 356).

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. In: *Comentários ao CPC*. vol. 8, RT, 2000, p. 505.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. A busca por soluções jurídicas consensuais em tema de controle judicial de políticas públicas: reflexões à luz do Projeto de Lei nº. 8.058/2014. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLES, Jorge Agudo (Coord). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.